

Une revue des décisions d'intérêt en matière de droit d'auteur pour l'année 2019

Tom Lebrun*

RÉSUMÉ / ABSTRACT	221
INTRODUCTION	223
1. L'ARRÊT <i>KEATLEY : KEATLEY SURVEYING LTD. c. TERANET INC.</i> , 2019 CSC 43.	224
1.1 Contexte.	224
1.2 Les faits	225
1.3 Les questions de droit.	226
1.3.1 Le raisonnement des juges majoritaires : l'établissement d'un double critère sur la direction et la surveillance de la Couronne quant au processus de publication, consacrant la Couronne comme un auteur au statut dérogatoire	226

© Tom Lebrun, 2020.

* Tom Lebrun est juriste, spécialisé en droit du numérique et en droit d'auteur. Étudiant au doctorat en littérature à l'Université Laval, il travaille actuellement sur la question de la génération de textes par intelligence artificielle. Il publie régulièrement sur les questions de droit d'auteur, de culture numérique et de rapport entre droit et intelligence artificielle. Ses recherches sont financées par le Fonds de recherche du Québec – société et culture (FRQSC).

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

1.3.2	La proposition laissée pour compte des juges concordants : un double critère de l'origine de l'auteur et du caractère gouvernemental de l'œuvre.	231
1.4	L'importance de l'affaire	233
2.	L'ARRÊT <i>DROUIN (SUCCESSION DE CÔTÉ-DROUIN) c. PÉPIN</i> , 2019, QCCS 848	234
2.1	Contexte.	234
2.2	Les questions de droit.	234
2.2.1	La preuve obtenue en violation du droit fondamental à la vie privée est recevable	235
2.2.2	Une appréciation restrictive du délai de prescription conséquent aux violations continues d'une œuvre et un rappel du devoir de diligence raisonnable de collecte d'information du demandeur à cet égard.	240
2.3	L'importance de l'affaire	242
3.	L'ARRÊT <i>PYRRHA DESIGN INC. c. PLUM AND POSEY INC.</i> , 2019 CF 129	243
3.1	Le contexte	243
3.2	Les questions de droit.	244
3.2.1	Les bijoux formés à partir de procédés de création génériques peuvent constituer des œuvres au sens de la Lda en raison des travaux de finition manifestant le talent et le jugement de leurs auteurs	244
3.2.2	L'évaluation de la contrefaçon ne s'examine que sur la partie de l'œuvre qui manifeste l'exercice du talent et du jugement de son auteur	246
3.3	L'importance de l'affaire	247
4.	L'ARRÊT <i>BELL MÉDIA INC. c. GOLDTV.BIZ</i> , 2019 CF 1432.	249
4.1	Le contexte	249

4.2 Les questions de droit	250
4.2.1 La Cour est compétente pour décider d'une réparation en droit d'auteur par le biais d'une injonction interlocutoire à un tiers au procès dans le cadre de l' <i>equity</i>	250
4.2.2 Un éclairage par la jurisprudence britannique quant aux conditions d'évaluation de deux des trois critères nécessaires à la délivrance d'une injonction interlocutoire : le caractère irréparable du préjudice et la prépondérance des inconvenients	251
4.3 L'importance de l'affaire	255
CONCLUSION	255

RÉSUMÉ

Cet article offre une analyse subjective de quatre décisions canadiennes d'importance en matière de droit d'auteur pour l'année 2019 : *Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc.*, 2019 CSC 43, qui est la première occurrence d'un examen par la Cour suprême d'un droit d'auteur de la Couronne ; *Drouin (Succession de Côté-Drouin) c. Pépin*, 2019 QCCS 848, qui est quant à elle la première décision d'une Cour supérieure concernant la violation continue d'une œuvre et son délai de prescription conséquent pour ester en justice ; *Pyrrha Design Inc. c. Plum and Posey Inc.*, 2019 CF 129, ensuite, qui consacre les bijoux comme œuvres artistiques au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* et *Bell Média Inc. c. GoldTV.Biz*, 2019 CF 1432, enfin, qui est de son côté la première occurrence d'octroi par une Cour fédérale d'une injonction interlocutoire de blocage de site Web (en l'occurrence, un site de diffusion en continu [*streaming*]) pour des raisons de violation de droit d'auteur.

ABSTRACT

This article provides a subjective analysis of four important Canadian copyright decisions for the year 2019: *Keatley Surveying Ltd. v. Teranet Inc.*, 2019 SCC 43, which is the first occurrence of a Supreme Court review of Crown copyright; *Drouin (Succession de Côté-Drouin) v. Pépin*, 2019 QCCS 848, the first decision of a Superior Court regarding the continued infringement of a work and its consequent limitation period for bringing an action; *Pyrrha Design Inc. v. Plum and Posey Inc.*, 2019 FC 129, which establishes jewellery as an artistic work within the meaning of the *Copyright Act*, and *Bell Media Inc. v. GoldTV.Biz*, 2019 FC 1432, the first time that a Federal Court has granted an interlocutory injunction to block a website (in this case, a streaming site) on the grounds of copyright infringement.

INTRODUCTION

L'objet de cet article est de présenter une sélection – forcément partielle, forcément incomplète – des décisions canadiennes les plus pertinentes de l'année 2019 en matière de droit d'auteur. Cette pertinence a été évaluée de façon décroissante : d'abord en fonction du niveau de la Cour concernée, puis en fonction du caractère novateur de la solution ou de la question examinée par l'instance, et enfin en fonction de la capacité de l'arrêt à illustrer comment le droit d'auteur s'adapte aux exigences actuelles de notre société, particulièrement en ce qui a trait à la question de sa numérisation.

Quatre décisions ressortent particulièrement de cet examen. La première, *Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc.*, 2019 CSC 43, a beaucoup fait parler d'elle et avec justesse, puisqu'elle est la première occurrence d'un examen par la Cour suprême d'un droit d'auteur de la Couronne. La deuxième, *Drouin (Succession de Côté-Drouin) c. Pépin*, 2019, CCCS 848, est quant à elle la première décision d'une Cour supérieure concernant la violation continue d'une œuvre et son délai de prescription conséquent pour ester en justice. La troisième, *Pyrrha Design Inc. c. Plum and Posey Inc.*, 2019 CF 129 est ni plus ni moins qu'une consécration claire des bijoux comme œuvres artistiques au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. Enfin, la quatrième et dernière, *Bell Média Inc. c. GoldTV.Biz*, 2019 CF 1432, se trouve de son côté être la première occurrence d'octroi par une Cour fédérale d'une injonction interlocutoire de blocage de site Web (en l'occurrence, un site de diffusion en continu [*streaming*]) pour des raisons de violation de droit d'auteur. Beaucoup de « premières fois » dans cet article donc, ce qui m'a conduit à renoncer à un classement par ordre d'importance : si la décision *Keatley* fait sans doute l'unanimité, il me semblait que favoriser la consécration des bijoux comme œuvres artistiques au détriment de la première ordonnance de blocage de site Web (ou l'inverse) était trop subjectif pour être réellement pertinent : qu'on voit donc dans la succession de ces arrêts une simple liste, à

laquelle on se référera davantage par objets d'intérêt que pour une lecture chronologique.

1. L'ARRÊT *KEATLEY : KEATLEY SURVEYING LTD. c. TERANET INC.*, 2019 CSC 43

1.1 Contexte

L'affaire *Keatley c. Teranet* est sans aucun doute la décision la plus importante de l'année 2019 en matière de droit d'auteur au Canada. La décision de la Cour suprême rendue le 26 septembre 2019 a d'ailleurs entraîné un lot important de réactions sur le Web¹ comme sur les réseaux sociaux². Une réactivité peu étonnante de la part du monde juridique en raison de la thématique de l'affaire, en effet jusqu'alors peu représentée par la jurisprudence : celle du droit d'auteur de la Couronne, un droit dérogeant à la présomption générale de ce droit statutaire selon lequel l'auteur d'une œuvre est en principe le titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre. Au cœur de cette affaire se pose la question de l'interprétation de l'article 12 de la *Loi sur le droit d'auteur* (ci-après : « *Lda* »), laquelle encadre cette dérogation en disposant que « le droit d'auteur sur les œuvres préparées ou publiées par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté ou d'un ministère du gouvernement appartient à Sa Majesté »³. Je m'intéresserai d'abord aux faits de cette affaire, avant d'examiner les questions de droit que cette dernière soulève.

1. Jean-Philippe MIKUS, Michael SHORTT et Lina BENS Aidane, « *Keatley Surveying c. Teranet* : La Cour suprême se penche pour la première fois sur une affaire portant sur le droit d'auteur de la Couronne », 2 octobre 2019, en ligne : <<https://www.fasken.com/fr/knowledge/2019/10/keatley-surveying-v-teranet-supreme-court-addresses-crown-copyright-for-the-first-time/>> ; Elizabeth RAYMER, « SCC dismisses appeal of Ontario land surveyors over breach of copyright », 26 septembre 2019, en ligne : <<https://www.canadianlawyermag.com/practice-areas/intellectual-property/scc-dismisses-appeal-of-ontario-land-surveyors-over-breach-of-copyright/304544>>.
2. Voir Alessia MONASTERO @amonastero_, « On September 26, 2019, the Supreme Court of Canada released its decision in *Keatley Surveying Ltd. v. Teranet Inc.*, 2019 SCC 43, representing the first time the #SCC has examined the scope and application of Crown #copyright under section 12 of the Copyright Act [...] », 16 octobre 2019 et Jordan SCOPA @jdsropa, « The decision of the Supreme Court of Canada in *Keatley Surveying Ltd. v. Teranet Inc.* represents the Court's first opportunity to examine the scope and application of section 12 of the *Copyright Act*, vesting copyright in the Crown [...] », 27 septembre 2019, en ligne : <https://twitter.com/search?q=keatley%20surveying%20v.%20teranet&src=typed_query&f=live>.
3. L'entière de l'article est rédigée comme suit : « Sous réserve de tous les droits ou privilèges de la Couronne, le droit d'auteur sur les œuvres préparées ou publiées par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté ou d'un ministère du gouvernement, appartient, sauf stipulation conclue avec l'auteur, à Sa Majesté

1.2 Les faits

Dans cette affaire, les œuvres concernées et protégées par le droit d'auteur sont des plans d'arpentage, créés par les arpenteurs de l'Ontario. Ces plans, qui formalisent les divisions de parcelles de terrain, sont obligatoirement enregistrés auprès des bureaux de la province, autrement dit auprès de la Couronne⁴. En l'espèce, ce travail d'enregistrement des plans a pour spécificité d'être externalisé auprès d'une société (en l'occurrence Teranet Inc.), laquelle agit à titre de fournisseur de service pour le gouvernement⁵. Ce travail est bien sûr encadré par un certain nombre de règles (loi, mais également accords de mise en œuvre et licences conclus entre le prestataire et la province)⁶. Comme le mentionnent les juges majoritaires de la décision : « [s]elon ces accords, l'Ontario conserve tous les droits, titres et intérêts, y compris les droits de propriété intellectuelle, sur les données utilisées dans le système d'enregistrement immobilier électronique, ce qui comprend les plans d'arpentage »⁷. En somme, Teranet Inc. agit donc comme une vitrine du gouvernement, quand bien même elle exploite ces plans au travers d'une base de données accessible moyennant des frais d'utilisation.

Voilà pour la situation initiale. Le problème tient au fait que l'exploitation de ces plans par la société Teranet pose problème aux arpenteurs de l'Ontario. Ces derniers vont agir dans le cadre d'un recours collectif contre Teranet au motif que la numérisation, la conservation et la copie des plans violent le droit d'auteur des arpenteurs, le motif sous-jacent étant bien entendu l'avantage monétaire obtenu par Teranet dans le cadre de son exploitation des plans d'arpentage. La compagnie Keatley Surveying Ltd. les représente. La question qui se pose devant la Cour suprême est donc relativement simple : à qui appartiennent les droits d'auteur sur les plans d'arpentage ? À la Couronne (autorisant – par le biais des accords conclus et

et, dans ce cas, il subsiste jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de la première publication de l'œuvre ».

4. *Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc.*, 2019 CSC 43, par. 3 [*Keatley Surveying Ltd.*].

5. En l'occurrence, cette externalisation passe par l'attribution d'un partenariat public-privé. *Id.*, par. 4, 6 et 7.

6. Il s'agit précisément de la *Loi de 2010 sur les services d'enregistrement immobilier électronique*, L.O. 2010, c. 1, ann. 6; *Id.*, par. 9 et 14.

7. *Id.*

de la loi – leur exploitation par Teranet), ou bien aux arpenteurs et à leur représentant, Keatley Surveying Ltd. ?⁸

1.3 Les questions de droit

L'arrêt *Keatley* a ceci d'intéressant que c'est au travers d'une certaine dissidence que les juges de la Cour parviennent à poser deux importantes questions de droit. En effet, si les juges sont unanimes sur le rejet de l'appel de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario au motif que les plans d'arpentage appartiennent à la Couronne, les juges de la plus haute cour divergent sur le raisonnement permettant de parvenir à cette solution.

1.3.1 *Le raisonnement des juges majoritaires : l'établissement d'un double critère sur la direction et la surveillance de la Couronne quant au processus de publication, consacrant la Couronne comme un auteur au statut dérogatoire*

Pour les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Martin, le cœur de la solution à cette affaire tient à une interprétation téléologique du texte même de l'article 12 de la *Lda*, selon lequel le droit d'auteur de la Couronne existe sur les œuvres « préparées ou publiées par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté ». Dans le cadre de cette affaire, la juge Abella s'intéresse surtout à la question de la publication (qui constitue selon elle le cœur du pourvoi)⁹ maintenant l'idée que les deux critères principaux de l'attribution d'un droit d'auteur de la Couronne – toujours selon l'article 12 – sont d'une part la *direction*, et d'autre part la *surveillance* de la Couronne sur le processus de publication par un tiers. En la matière, la question de droit qui intéresse la juge Abella est donc la suivante : la direction et la surveillance de la Couronne sur le processus de publication des plans d'arpentage sont-elles suffisantes pour caractériser un droit d'auteur sur ces documents ?¹⁰

8. Les points de vue défendus par les parties sont cependant distincts. Comme le rappellent les juges majoritaires, Keatley « plaide en faveur d'une interprétation de l'art. 12 qui, dans les faits, ne s'appliquerait qu'aux œuvres préparées par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté », tandis que Teranet « propose de donner à l'art. 12 une interprétation qui permettrait à toute œuvre d'être visée par le droit d'auteur de la Couronne du seul fait que celle-ci la publie sur ou dans une plateforme ». Voir *id.*, par. 62.

9. Voir *id.*, par. 73.

10. *Id.*, par. 63.

Pour répondre à cette question, les juges majoritaires proposent une double analyse, celle d'une direction et d'une surveillance à la fois sur la *personne* publiant l'œuvre et à la fois sur le *contenu* de l'œuvre. Les juges proposent conséquemment (et logiquement) d'évaluer la réalité de ce contrôle au travers de faisceaux d'indices, essentiellement déterminés par la législation applicable¹¹. Pour parvenir à ce raisonnement, les juges majoritaires mettent sans surprise en parallèle les droits des créateurs et les droits des utilisateurs (ou ceux du public, que représente en l'occurrence la Couronne), et appliquent un principe de proportionnalité entre, d'une part, l'intérêt de promouvoir l'accès aux œuvres, et d'autre part, celui de stimuler la création en récompensant justement les créateurs, principe notamment rappelé dans l'arrêt *Théberge* cité par la Cour¹². Cette recherche de l'équilibre entre la récompense des créateurs et l'intérêt du public les pousse à rappeler leur jurisprudence constante en matière d'utilisation équitable¹³, citant la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *CCH* :

[I]l est peut-être plus juste de considérer [l'exception de l'utilisation équitable] comme une partie intégrante de la *Loi sur le droit d'auteur* plutôt que comme un simple moyen de défense [...] À l'instar des autres exceptions que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*, cette exception correspond à un droit des utilisateurs (par. 48).¹⁴

L'idée est ici de faire un parallèle entre l'utilisation équitable comme exception justifiée par l'intérêt des utilisateurs, et l'octroi d'un droit de la Couronne comme exception au principe usuel de titularité. La constance d'une jurisprudence, où l'interprétation de l'utilisation équitable est selon la cour « large et libérale »¹⁵, constitue en ce sens la base du raisonnement des juges majoritaires¹⁶. Les juges

11. *Id.*, par. 14.

12. La juge Binnie dans l'arrêt *Théberge* indique en effet que la *Lda* vise à établir « un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres [...] et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur » (par. 30). *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Keatley Surveying Ltd.*, *supra*, note 4, par. 43.

13. *Keatley Surveying Ltd.*, *supra*, note 4, par. 44-46.

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

15. Au sujet de cette jurisprudence mettant constamment en œuvre une interprétation large et libérale de l'utilisation équitable, les juges mentionnent notamment les arrêts *SOCAN* et *Access Copyright*. *Keatley Surveying Ltd.*, *supra*, note 4, par. 45.

16. *Id.*, par. 46. Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Martin mentionnent ainsi le caractère « emblématique » de l'utilisation équitable, qui donne « un aperçu clair de l'approche générale relative au droit d'auteur appliqué au Canada ».

indiquent donc que l'article 12, et de manière générale la *Lda* dans son ensemble, doivent continuer à être interprétés comme devant promouvoir l'intérêt du public¹⁷.

Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Martin décident ensuite de rappeler les fondements historiques du droit d'auteur de la Couronne. Pour le résumer, la Couronne présente un statut dérogatoire à la règle générale voulant que le droit d'auteur, selon l'arrêt *Théberge* (par. 5), « tire [entièrement] son origine de la loi »¹⁸. Les juges majoritaires rappellent en effet le caractère initial de propriété perpétuelle de ce droit¹⁹, justifié ensuite historiquement par l'importance d'assurer « la conservation, l'authenticité, l'exactitude et la fiabilité de certains documents »²⁰.

Cependant, ce caractère dérogatoire du droit d'auteur ne saurait être disproportionné : la juge Abella se rapporte en cela à l'analyse proposée par le professeur Vaver dans son ouvrage *Intellectual Property Law*, selon lequel une œuvre est considérée comme préparée sous la direction ou la surveillance de la Couronne seulement si « la production de l'œuvre [constitue] [...] l'objet principal, et non une conséquence accessoire, de la direction ou de la surveillance du gouvernement »²¹. Cette réserve est de bon aloi en ce qu'elle permet de n'attribuer un droit d'auteur de la Couronne qu'aux cas restreints où la direction et la surveillance du gouvernement visaient expressément à la création de ladite œuvre et où, en somme, il y a une réelle intention de créer de la part du gouvernement (en raison notamment, on l'aura compris, d'un intérêt public). Cependant, la juge Abella propose au paragraphe 68 un raisonnement qui – avec tout le respect qu'il se doit – m'apparaît critiquable. Le paragraphe est rédigé comme suit :

[...] j'estime que pour savoir si la direction ou la surveillance du gouvernement sur la publication d'une œuvre est suffisante pour l'application de l'art. 12, il faut examiner l'intérêt de la Couronne sur cette œuvre au moment de la publication, car cet intérêt démontre le degré de direction ou de surveillance exercé par celle-ci sur le processus de publication.

17. *Id.*

18. *Id.*, par. 52.

19. *Id.*, par. 48.

20. *Id.*, par. 51.

21. *Id.*, par. 65.

En quoi la seule démonstration d'un intérêt de la Couronne pour une œuvre suffit-elle, en pratique, à caractériser l'exercice d'une direction ou d'une surveillance sur un processus de publication ? Il me semble y avoir là un mystère que l'arrêt n'explique pas. Il faut alors se reporter aux « indices pertinents de direction ou de surveillance gouvernementale », comme la présence :

[...] d'un régime législatif qui transfère les droits de propriété sur les œuvres à la Couronne ; un régime législatif qui prévoit un encadrement strict quant à la forme et au contenu de l'œuvre ; la réponse à la question de savoir si la Couronne a la possession physique de l'œuvre ; la réponse à la question de savoir si le gouvernement est investi du pouvoir exclusif de modifier l'œuvre ; le caractère optionnel du régime législatif ; et la nécessité que la Couronne mette l'œuvre à la disposition du public.

Ce raisonnement a certainement l'intérêt de l'objectivité, mais il n'est pas sans soulever une interrogation, à mon sens majeure, et qui a trait à l'examen de l'effectivité dudit contrôle. En ne se rapportant qu'à la loi pour caractériser l'exercice par le gouvernement « d'une direction ou d'une surveillance suffisante sur le processus de publication », les juges majoritaires passent à côté de l'opportunité de proposer des critères opératoires sur les contrôles et surveillances de la Couronne. En d'autres termes, s'il est évidemment cohérent pour la Cour de se fonder sur le cadre législatif en vigueur, un raisonnement basé sur ce seul fondement fait fi des situations potentielles où le droit ne serait, en fait, pas respecté.

La réserve sur ce point, présentée au paragraphe 71, relevant l'importance d'un examen du degré de direction ou de surveillance effective²², m'apparaît trop liminaire en l'état et aurait mérité un éclairage plus conséquent – critique qu'appuient d'ailleurs par la suite les juges Wagner, Côté et Brown dans leur avis concordant²³. Ainsi, le simple fait que la Couronne (ou un tiers pour son compte, en l'occurrence Teranet) publie les plans d'arpentage suffit selon les juges majoritaires à lui octroyer le droit d'auteur, car, en vertu de la législation, elle exerce une direction et une surveillance sur le

22. Il est dit notamment qu'« au regard des deux volets de l'art. 12 – soit la préparation et la publication –, il faudra toujours se demander si la direction ou la surveillance du gouvernement sur la préparation ou la publication de l'œuvre est suffisamment importante pour que le droit d'auteur soit dévolu à la Couronne ». *Id.*, par. 71.

23. *Id.*, par. 110-112.

processus de publication²⁴. Cette réflexion des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Martin a certainement l'intérêt du pragmatisme, mais il me semble qu'elle évite par trop (sans doute à dessein) de proposer un cadre de raisonnement véritablement opératoire pour les affaires à venir. En effet, toutes les situations d'attribution d'un droit d'auteur de la Couronne n'auront pas lieu en Ontario, et ne s'inscriront pas nécessairement dans un cadre législatif prévoyant par exemple que « la Couronne [a le pouvoir] de modifier le contenu [des œuvres] »²⁵, cette possibilité suffisant en l'espèce pour les juges majoritaires à caractériser les fameux critères. Ainsi, malgré le rappel du principe d'équilibre entre « d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres [...] et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur »²⁶, ils font ici une interprétation qui pourrait de prime abord sembler legaliste quant à l'étendue du droit d'auteur de la Couronne : l'arrêt *Keatley* consacre donc bel et bien cette dernière comme un auteur au statut dérogatoire eu égard à la *Lda*²⁷. Malgré cette particularité et les critiques qu'elle ne peut empêcher de soulever – particulièrement son caractère tautologique²⁸ –, un tel raisonnement est bien sûr cohérent avec le caractère statutaire du droit d'auteur, et on doit sans doute se féliciter de voir la plus haute Cour ne pas se risquer à outrepasser ses prérogatives par sa décision. Cela rend le raisonnement concordant des juges Wagner, Côté et Brown d'autant plus intéressant.

24. Le principe de neutralité technologique mentionné ne modifie bien sûr rien à l'analyse de la Cour.

25. *Keatley Surveying Ltd.*, *supra*, note 4, par. 77.

26. Tel que mentionné dans *Théberge*. Voir *supra*, note 12.

27. Cette décision semble, qui plus est, davantage cohérente avec une ancienne jurisprudence, non citée par la Cour suprême, de la Cour d'appel fédérale dans une affaire *R. c. James Lorimer & Co.*, [1984] 1 C.F. 1065 (C.A.). Selon l'auteur Normand Tamaro, « la Cour d'appel fédérale tient pour acquis l'application de l'article 12 en reconnaissant à la Couronne les droits d'auteur sur une œuvre consistant en un rapport rédigé par le directeur des enquêtes et des recherches nommé en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ». Voir Normand TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur, Texte annoté*, 9^e éd., Toronto, Carswell, 2012, p. 388.

28. Les juges concordants mentionnent ainsi que « [...] cette analyse est circulaire puisqu'elle consiste à déterminer si la direction ou la surveillance exercée suffit à établir que la direction ou la surveillance exercée est suffisante ». *Keatley Surveying Ltd.*, *supra*, note 4, par. 111.

1.3.2 La proposition laissée pour compte des juges concordants : un double critère de l'origine de l'auteur et du caractère gouvernemental de l'œuvre

En effet, si les juges Wagner, Côté et Brown s'alignent sur le rejet du pourvoi en raison de l'octroi du droit d'auteur à la Couronne selon les dispositions de l'article 12 *Lda*, leur raisonnement pour y parvenir est sensiblement distinct. Ces derniers choisissent en effet une interprétation que je qualifierai d'*intention operis*, me rapportant pour cela à la distinction tripartite proposée par le sémioticien italien Umberto Eco dans son ouvrage *Les limites de l'interprétation*²⁹. Selon Eco, l'*intention operis* est une herméneutique (autrement dit une théorie de l'interprétation des textes) qui cherche à dégager le sens d'éléments sémantiques en fonction de leur inscription dans leur contexte textuel global et, dirait-on, en refusant même tout à fait de s'en extraire (le contraire, donc, de l'interprétation téléologique proposée par les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Martin). L'interprétation *intention operis* des juges Wagner, Côté et Brown réfute donc une interprétation littérale de l'article 12 en raison du caractère potentiellement excessif et, selon eux, absurde, d'une telle interprétation de l'article 12³⁰. Sur ce point, je ne peux que rejoindre leur analyse, particulièrement lorsqu'ils pointent le caractère par trop excessif de la latitude laissée à la Couronne pour s'attribuer un droit d'auteur sur toute œuvre dès lors que cette dernière la publie ou la fait publier par un tiers.

La volonté des juges de coller en cela à un certain principe de réalité les amène ensuite à proposer une interprétation différente de celles des juges majoritaires quant à l'article 12. Spécifiquement, cette interprétation réfute – assez sévèrement – le raisonnement de la juge Abella selon lequel la direction ou la surveillance doit s'exercer sur l'œuvre en tant que telle. Au contraire, les juges Wagner, Côté et Brown considèrent que, selon la formulation de l'article 12, ce double critère doit s'exercer sur l'acte de préparation ou de publication³¹. Leur analyse passe ainsi par une certaine finesse syntaxique, lourde de conséquences en l'occurrence : un contrôle sur le *faire* n'est, selon les juges concordants, pas la même chose qu'un contrôle sur le *produit* du faire. L'un porte sur la personne, l'autre sur la chose³².

29. Umberto ECO, *Les limites de l'interprétation*, Grasset, 1992, p. 408.

30. *Keatley Surveying Ltd.*, *supra*, note 4, par. 95.

31. *Id.*, par. 104.

32. *Id.*, par. 113.

La proposition des juges Wagner, Côté et Brown revient donc également à proposer un double critère : celui, d'une part, de l'origine de l'auteur (qui peut être un tiers agissant pour son compte), et d'autre part le caractère gouvernemental de l'œuvre créée – un critère que l'on pourrait qualifier de *thématique*, l'œuvre gouvernementale se définissant comme « une œuvre qui sert un objectif public, objectif dont la réalisation est facilitée par le fait que le droit d'auteur est dévolu à la Couronne »³³. Par ce double critère de l'auteur et du thème, les juges concordants entendent désamorcer tout besoin d'examen quant à l'effectivité réelle d'une direction et d'une surveillance de la Couronne sur le tiers préparant l'œuvre (ou sur l'œuvre préparée), cet examen ayant été jugé par ces derniers comme trop instable en l'état (*quid*, demandent-ils, de la question du seuil de cette direction ou de cette surveillance ?)³⁴.

Selon ce raisonnement, l'auteur à l'origine de l'œuvre se verrait *de facto* attribuer les droits que l'on sait. La première question de droit que souhaitent poser les juges concordants est donc la suivante (elle se segmente en deux branches) : la Couronne ou un tiers agissant pour son compte est-elle à l'origine de la décision de créer l'œuvre ? Si la réponse à cette question est positive, les juges concordants souhaitent ensuite examiner le critère du caractère gouvernemental de l'œuvre produite³⁵. La seconde question de droit proposée par les juges concordants (qui dépend, encore une fois, d'une réponse positive à la première) est donc la suivante : l'œuvre préparée ou publiée par la Couronne ou un tiers sous sa direction ou sa surveillance est-elle une œuvre gouvernementale, autrement dit une œuvre servant un objectif public et dont la réalisation est facilitée par le fait que le droit d'auteur est dévolu à la Couronne ?

Dans leur analyse, les juges concordants proposent donc ce double critère (de l'origine de l'auteur et du caractère gouvernemental de l'œuvre) pour proposer finalement une interprétation limitative du droit d'auteur dévolu à la Couronne. En la matière, il me semble que le raisonnement des juges Wagner, Côté et Brown se situe dans l'héritage de la tradition d'une appréciation holistique du caractère de l'œuvre bien connue depuis l'arrêt *Cinar Corporation c. Robinson* (2013)³⁶. Leur raisonnement, qui n'est pas adopté par la majorité, permettrait pourtant efficacement de circonscrire un droit d'auteur dérogatoire

33. *Id.*, par. 99.

34. *Keatley Surveying Ltd.*, *supra*, note 4, par. 111.

35. Ce point est explicitement mentionné au paragraphe 127 de l'arrêt.

36. *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168 [*Cinar*].

à ses objectifs principaux (promouvoir la créativité citoyenne) aux seuls cas où l'intérêt public le justifie, et non comme le fait de façon extensive le raisonnement majoritaire. Cette vision restrictive d'un droit d'auteur de la Couronne que promeuvent à dessein les juges Wagner, Côté et Brown est ainsi plus cohérente avec l'esprit de la *Lda*.

1.4 L'importance de l'affaire

Au-delà de l'intérêt évident de la décision *Keatley* comme première occurrence d'un examen par la Cour suprême du droit d'auteur de la Couronne, c'est dans le raisonnement des juges majoritaires et concordants et, surtout, dans leurs désaccords que se dégage à mon sens le véritable intérêt de l'arrêt. Pour résumer, si les juges majoritaires consacrent de leur côté un droit d'auteur dérogatoire pour la Couronne, ils ne donnent cependant pas d'indication quant au degré de direction et de surveillance requis pour l'octroi de ce droit au sens de l'article 12. Cette lacune est pesante en raison des nombreuses incertitudes qu'elle suscite³⁷. L'arrêt *Keatley* est ainsi significatif pour les titulaires de droits d'auteur qui auraient à soumettre au gouvernement leurs œuvres (on peut penser, notamment, aux compilations de données). En la matière, la prudence est de mise puisqu'il devient fondamental de prendre garde à gérer contractuellement le risque d'une dépossession³⁸. De leur côté, les juges concordants estiment que la Couronne possède un droit d'auteur non dérogatoire³⁹, et considèrent que c'est surtout au travers du contenu de l'œuvre qu'un certain caractère public pourra émerger, justifiant dès lors une appartenance à la Couronne au travers d'une approche, cette fois holistique, de l'appréciation du contenu de l'œuvre. Ce serait donc si et seulement si l'œuvre revêt un caractère public que la Couronne pourrait se voir attribuer un droit d'auteur. En somme, les juges majoritaires comme les juges concordants semblent être d'accord, au fond, pour considérer

37. Parmi ces dernières, je retiendrai notamment une des analyses proposées par le cabinet Fasken quant à l'absence d'indication des juges majoritaires sur la question de savoir comment appliquer le droit d'auteur de la Couronne dans les situations où le gouvernement exercerait différents types de contrôles à l'égard de différents éléments d'une même œuvre. Toutefois, le raisonnement liminaire de la Cour m'incite à penser que seul le cadre législatif des règles immobilières de l'Ontario prévaut en l'espèce. Voir J.-P. MIKUS, M. SHORTT et L. BENSALDANE, *supra*, note 1.

38. L'article 12 autorise cette exception, qui prévaudrait dès lors sur la jurisprudence incertaine de *Keatley*. *Id.*

39. Je mentionne cela au sens où l'origine de l'auteur est selon les juges concordants un critère nécessaire, mais pas suffisant. C'est donc véritablement le caractère gouvernemental de l'œuvre qui emporte l'appréciation d'un droit d'auteur de la Couronne.

que la Couronne doit disposer de prérogatives dérogatoires au droit d'auteur ; leur dissension provient surtout de la manière d'interpréter comment cette dérogation doit être mise en œuvre, et la position de la Cour pourrait bien être amenée à évoluer dans l'avenir. Compte tenu du fait qu'une centaine d'années a été nécessaire à l'arrivée de la jurisprudence *Keatley*, gageons cependant que l'incertitude qu'elle entraîne ne sera pas résolue de sitôt.

2. L'ARRÊT DROUIN (*SUCCESSION DE CÔTÉ-DROUIN*) c. PÉPIN, 2019, QCCS 848

2.1 Contexte

La décision *Drouin (Succession de Côté-Drouin) c. Pépin* de la Cour supérieure⁴⁰ se distingue sur deux points principaux. Le premier, qui excède en principe le cadre de cet article, a trait à la recevabilité de la preuve dans les cas où un droit fondamental – en l'occurrence le droit à la vie privée – a été lésé pour obtenir cette preuve. Pour le dire très rapidement, et comme je l'expliquerai un peu plus loin, le contexte technologique particulier d'édition du raisonnement de la Cour me force à l'analyser ici, car la décision risque à mon sens de ne pas tenir sur le long terme. Le second point d'intérêt de l'arrêt, qui porte plus précisément sur les règles de droit d'auteur, tient à ce qu'il s'agit, selon la Cour supérieure, de la première décision concernant la violation continue d'une œuvre et à l'édition de son délai de prescription conséquent pour ester en justice. En effet, l'affaire *Drouin* a ceci de particulier qu'elle concerne cet ensemble d'œuvres bien particulier que constitue un fonds généalogique – en l'espèce, le Fonds Drouin. Les faits me semblant présenter peu d'intérêt, je m'attaquerai directement aux questions de droit pertinentes et à leur analyse.

2.2 Les questions de droit

Telles que listées aux paragraphes 68 et 69 de l'arrêt, deux questions se posent au tribunal. La première tient à la recevabilité de la preuve soumise par la partie demanderesse, en l'occurrence des enregistrements clandestins effectués par le demandeur (Bertran Mark Drouin) au domicile du défendeur (Jean-Pierre Pépin). La seconde question se segmente selon le tribunal en quatre points : l'intérêt juridique du demandeur, la prescription du recours, la

40. *Drouin (Succession de Côté-Drouin) c. Pépin*, 2019 QCCS 848 [*Drouin succession*].

qualification ou non de chacune des collections du Fonds Drouin comme œuvre protégée par la *Lda* et la validité de la chaîne des titres impliqués. De ces quatre sujets, je ne traiterai que la question de la prescription du recours. En effet, la question de l'intérêt pour ester en justice du demandeur⁴¹ relève du droit successoral, de peu d'intérêt pour nous ; celle de la qualification de chacune des collections du Fonds comme œuvre protégée ne recèle que des difficultés mineures⁴² – son intérêt étant surtout de rappeler le droit applicable, notamment eu égard à la distinction entre le critère d'originalité et celle d'entreprise purement mécanique⁴³. Celle, enfin, de la validité de la chaîne de titres est d'une certaine complexité sur le plan chronologique, sans pour autant receler d'importantes questions de droit.

2.2.1 La preuve obtenue en violation du droit fondamental à la vie privée est recevable

Comme je l'ai mentionné plus haut, la question de savoir si la preuve obtenue en violation du droit fondamental à la vie privée est ou non recevable excède le seul intérêt du droit d'auteur ; elle n'est pour autant pas dépourvue d'intérêt pour notre branche du droit. Comme je vais l'expliquer, c'est en effet surtout en raison des progrès technologiques que le raisonnement du tribunal m'apparaît d'ores et déjà circonscrit dans le temps – un raisonnement, pour le dire autrement, sans doute condamné à évoluer prochainement.

En l'espèce, la Cour supérieure répond en effet à cette question de manière positive. Cette décision, il faut d'abord le mentionner, constitue tout d'abord une consolidation de la jurisprudence déjà

41. Traitée aux paragraphes 85 à 120.

42. L'application du droit d'auteur aux différents types de collections du Fonds Drouin par la Cour ne pose en l'espèce que des questions de faits et de qualification, qu'il serait laborieux et sans réel intérêt de résumer et d'analyser ici.

43. Voir notamment la décision citée *Toronto Real Estate Board c. Commissaire de la concurrence*, 2017 CAF 236. Cette décision fait, selon la Cour, notamment ressortir les « repères » de la jurisprudence pour décider si le seuil de l'originalité est atteint ou s'il s'agit d'une entreprise purement mécanique, dont notamment « – lorsqu'une idée ne peut être exprimée que d'un nombre restreint de façons, son expression n'est donc pas protégée, car on n'a pas satisfait au critère de l'originalité ; – les normes du domaine peuvent être pertinentes dans l'analyse servant à décider si une œuvre est originale est légitime et demeure ; – il n'y a pas de droit à la protection du droit d'auteur lorsque le choix ou l'arrangement est dicté par des pratiques acceptées et courantes du domaine : – lorsque le contenu et la présentation d'une formule sont largement tributaires de son utilité et/ou des exigences de la loi, elle ne peut être considérée comme une œuvre originale. Le cas échéant, seul l'aspect visuel de la compilation est susceptible d'être protégé par le droit d'auteur s'il est original ». *Drouin succession*, *supra*, note 40, par. 154.

existante en matière d'acceptabilité de la preuve pour le judiciaire. Le tribunal cite ainsi l'arrêt de la Cour d'appel *Bellefeuille c. Morisset*⁴⁴, lequel avait conclu en 2007 que l'enregistrement d'une conversation téléphonique par un interlocuteur à l'insu de l'autre ne contrevenait pas à la protection du droit à la vie privée. Pour arriver à ce raisonnement, la Cour d'appel mettait (notamment) en concurrence le principe de bonne foi et le principe de vérité, expliquant que l'article 2858 C.c.Q.⁴⁵ – qui dispose des conditions de rejet de la preuve – cherche à réduire son irrecevabilité au seul cas (remarquez ici le singulier) :

[...] où l'élément de preuve a été obtenu d'une manière qui contrevient à un droit ou à une liberté fondamentale au sens où les chartes entendent ordinairement ces termes, c'est-à-dire un droit ou une liberté qui « participe de la nature de la dignité humaine » et se rattache ainsi à l'idée même de personne humaine, une personne dont on veut préserver la dignité intrinsèque, la liberté et la sécurité. Le législateur ne vise pas ici le principe de bonne foi considéré isolément, qui doit par conséquent céder le pas à celui de la vérité.⁴⁶

Le raisonnement de la Cour d'appel dans *Bellefeuille* tendait en effet à exclure le principe de bonne foi de l'article 2858 C.c.Q.⁴⁷, cette exclusion permettant de faire valoir à la place le principe de recherche de la vérité visé à l'article 2857 C.c.Q.⁴⁸. En somme, les juges de la Cour d'appel raisonnaient en réduisant la portée de l'article 2858 et en étendant celle de l'article 2857 : pour *Bellefeuille*, le principe de recherche de la vérité qu'implique l'article 2857 autorise la preuve « par tous moyens » au détriment de la bonne foi, même des moyens illégaux, tant que ces moyens illégaux ne lèsent pas de droits fondamentaux⁴⁹.

44. *Bellefeuille c. Morisset*, 2007 QCCA 535 [*Bellefeuille*]. Arrêt cité dans *Drouin succession*, *supra*, note 40, par. 79.

45. Les deux alinéas de l'article sont rédigés comme suit : « Le tribunal doit, même d'office, rejeter tout élément de preuve obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il n'est pas tenu compte de ce dernier critère lorsqu'il s'agit d'une violation du droit au respect du secret professionnel ».

46. *Bellefeuille* cité dans *Drouin succession*, *supra*, note 40, par. 79.

47. La Cour d'appel rédige ainsi que « [c]e n'est pas réduire l'importance du principe de bonne foi que d'affirmer qu'il n'est pas visé par l'article 2858 C.c.Q. ». *Id.*

48. L'article est rédigé comme suit : « La preuve de tout fait pertinent au litige est recevable et peut être faite par tous moyens ».

49. La Cour d'appel le mentionne quasiment mot pour mot dans son paragraphe 49 : « le législateur n'a pas voulu que soit exclue la preuve obtenue par des moyens

Pour établir les bases de sa réponse à la question posée du risque de déconsidération de la justice, qu'excluait également l'arrêt *Bellefeuille*, le juge de la Cour supérieure dans l'arrêt *Drouin* cite cette fois l'arrêt *Mascouche c. Houle*⁵⁰. Cet arrêt reprend l'idée de mise en concurrence entre la « recherche de la vérité » et un autre principe du droit, ici non plus la bonne foi, mais de façon encore plus pertinente le respect des droits fondamentaux. Particulièrement, l'arrêt *Mascouche* indique que la mise en concurrence entre la recherche de la vérité (et la recevabilité d'une preuve illégale) et le respect des droits fondamentaux doit être évaluée au cas par cas, et qu'il faut procéder à un difficile exercice d'évaluation entre d'une part « la gravité de la violation aux droits fondamentaux »⁵¹ et d'autre part le caractère acceptable ou non pour une cour de justice d'autoriser la partie qui l'a obtenu de s'en servir « pour faire valoir ses intérêts privés ».

Par le rappel de ces deux jurisprudences, la Cour supérieure propose donc de répondre de façon différente à la question de savoir si la preuve obtenue en violation du droit fondamental à la vie privée est recevable ou non en fonction des deux critères que sont, premièrement l'atteinte aux libertés et droits fondamentaux, et deuxièmement le risque de déconsidération de la justice. Considérant tout d'abord l'atteinte potentielle aux libertés et droits fondamentaux, la Cour supérieure estime que le critère peut être évalué au regard du *contenu* même de la preuve apportée. En d'autres termes, la Cour s'autorise à examiner si le propos rapporté par la preuve révèle des questions ou des informations relatives à la vie privée du défendeur⁵². Répondant par la négative à cette question, la Cour estime donc que le droit à la vie privée du défendeur n'est pas atteint par un enregistrement caché à son domicile par le défendeur. Concernant, ensuite, le risque de déconsidération de la justice par l'utilisation d'une preuve violant un droit fondamental, la Cour supérieure juge aux paragraphes 82 à 83 que les conditions d'obtention de la preuve en question (enregistrement audio chez le défendeur à son insu) ne suffisent pas à caractériser une atteinte suffisamment grave aux droits et libertés

illégaux, à moins que cette illégalité ne se rattache à la violation d'un droit fondamental ». *Bellefeuille* cité dans *Drouin succession*, *supra*, note 40, par. 79.

50. *Mascouche (Ville de) c. Houle*, 1999 CanLII 13256 (QC CA) [*Mascouche*]. À noter que l'arrêt *Mascouche* est également cité dans *Bellefeuille*. Voir *Drouin succession*, *supra*, note 40, par. 81.

51. L'arrêt précise « tant en raison de sa nature, de son objet, de la motivation et de l'intérêt juridique de l'auteur de la contravention que des modalités de sa réalisation ». Voir *Drouin succession*, *supra*, note 40, par. 81.

52. « Rien dans la demande d'information qui lui a été adressée ou dans les réponses données ne touche ou n'affecte sa vie privée ». *Id.*, par. 80.

fondamentaux pour justifier un refus de la preuve. Mis en concurrence avec le risque de déconsidération de la justice qu'entraînerait un refus d'admettre la preuve (ce refus « occultant ce qui s'est réellement passé lors des rencontres »), la violation de la vie privée ne fait selon les juges pas le poids.

Par ce raisonnement double, il semble de prime abord que la Cour supérieure ne propose en réalité rien de moins que de faire du principe de recevabilité de la preuve « par tous moyens » consacré à l'article 2857 C.c.Q. un principe supérieur aux droits fondamentaux, et particulièrement au droit à la vie privée. Un tel point mérite qu'on s'y arrête : interrogeons-nous donc sur ce que nous entendons par « droits et libertés fondamentaux ». La Charte des droits et libertés de la personne, puisque c'est d'elle qu'il s'agit, nous indique dans son troisième considérant que « [...] la reconnaissance des droits et libertés dont [les femmes et les hommes] sont titulaires constituent le fondement de la justice [...] »⁵³. Et d'égrener par la suite les fameux articles, dont l'article 5 « toute personne a droit au respect de sa vie privée », l'article 6 « Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi », l'article 7 « La demeure est inviolable » et l'article 8 « Nul ne peut pénétrer chez autrui ni y prendre quoi que ce soit sans son consentement exprès ou tacite ». Et l'article 9.1 de préciser dans son second alinéa que « La loi peut, à cet égard [...] fixer la portée et [...] aménager l'exercice [de ces droits et libertés fondamentaux] ». Au simple examen de ce texte, il me semble donc que l'on peut se demander si la décision de la Cour supérieure de faire prévaloir le principe de recevabilité de la preuve sur la Charte n'est pas quelque peu excessive.

En effet, la tendance qu'amorce ici le tribunal à examiner le contenu de la preuve elle-même pour juger si oui ou non cette dernière constitue une atteinte à la vie privée est, il me semble, en elle-même critiquable. La Cour ne propose en effet pas de cadre d'évaluation à cet égard (la totalité du raisonnement, des paragraphes 80 à 84, tient sur une page et ne dit rien à cet égard). *Quid*, peut-on légitimement se demander, d'une preuve hybride, qui rapporterait une partie – même infime – d'éléments relevant de la vie privée ? Dans une telle situation, la Cour déciderait-elle de n'examiner que les éléments de preuve au-dessus de tout soupçon ? Ou bien la vie privée « contaminerait »-elle l'ensemble de la preuve ? La Cour n'apporte aucune réponse à cette interrogation. Qui plus est, on peut se demander pourquoi le critère

53. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

du contenu de la preuve est favorisé, au détriment par exemple du lieu de collecte de ladite preuve (rappelons-le, le domicile du défendeur, réputé inviolable par l'article 7 de la Charte). Un tel raisonnement aurait légitimement pour effet d'exclure la preuve rapportée.

En tout état de cause, il me semble qui plus est que ce n'est pas à la jurisprudence de fixer les limites des droits et libertés fondamentaux, mais bien – comme le précise l'article 9.1 de la Charte – à la Loi de le faire. En cette période de tension certaine quant aux questions de vie privée⁵⁴ – et de préoccupation citoyenne à cet égard⁵⁵ – cette partie de la décision m'apparaît donc, avec tout le respect qu'il se doit, critiquable. Ce type de décision risque de favoriser un climat de méfiance citoyenne, en l'occurrence justifié, propageant l'idée que tout type de preuve et d'enregistrement, quand bien même illégal, quand bien même capturé au domicile de la partie adverse, est admissible. Cette consolidation jurisprudentielle risque de favoriser un climat de surveillance entre les citoyens, particulièrement dans le milieu des affaires, ce qui ne peut être positif ni pour l'avenir économique ni pour la protection des droits et des libertés. Et ce d'autant plus que la validité de preuves audio, en l'état jugée conforme aux exigences d'intégrité, est jugée dans un contexte où elle sera très vraisemblablement amenée à évoluer prochainement.

En effet, le travail de compagnies comme Lyrebird⁵⁶ au Québec ou Sogou⁵⁷ en Chine, qui vise à la copie synthétique de voix (voire à leurs créations) me semble d'ores et déjà présenter le potentiel pour bouleverser la jurisprudence Drouin, particulièrement concernant l'alinéa 2 de l'article 2858 C.c.Q., eu égard notamment au risque de déconsidération de l'administration de la justice. Ce critère de la déconsidération est, de fait, un critère large – certes soumis à l'interprétation des juges – mais suffisamment ouvert, à ce qu'il me semble, pour prendre en compte l'actuelle diffusion d'innovations technologiques qui risqueraient de mettre à mal l'administration de

54. Voir notamment Karim BENYEKHEF et Pierre-Luc DÉZIEL, *Le droit à la vie privée en droit québécois et canadien*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 850.

55. Catherine LÉVESQUE, « Protection de la vie privée : Ottawa sommé de moderniser la loi fédérale », *Le Devoir*, 10 décembre 2019, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/politique/canada/568805/protection-de-la-vie-privee-pas-aux-citoyens-a-assumer-seuls-leur-securite>>.

56. Site Web de Lyrebird, en ligne : <<https://www.descript.com/lyrebird-ai?source=lyrebird>>.

57. Aude CHARDENON, « En Chine, Sogou crée des voix plus naturelles pour les livres audio grâce à l'intelligence artificielle », *Usine Digitale*, 14 août 2019, en ligne : <<https://www.usine-digitale.fr/article/en-chine-sogou-cree-des-voix-plus-naturelles-pour-les-livres-audio-grace-a-l-intelligence-artificielle.N874960>>.

la justice. En l'état, les innovations en matière de reproduction de la voix humaine sont suffisamment troublantes pour constituer un risque à prendre en compte quant à l'admissibilité de la preuve audio. Des efforts médiatiques conséquents ont d'ailleurs été faits pour prouver ce point et le risque qui en découle – je pense par exemple à une vidéo montrant Barack Obama animé par le producteur et réalisateur Jordan Peele⁵⁸. En tant que juristes, nous devons nous rappeler que l'utilisation de ces technologies (tributaires des progrès récents en matière d'apprentissage machine) tend à se démocratiser de plus en plus rapidement. En ce sens, une part non négligeable de l'arrêt *Drouin* (et de sa base jurisprudentielle au travers de l'arrêt *Benisty c. Kloda*)⁵⁹ est déjà presque caduque.

2.2.2 Une appréciation restrictive du délai de prescription consécutif aux violations continues d'une œuvre et un rappel du devoir de diligence raisonnable de collecte d'information du demandeur à cet égard

Le second intérêt de la décision, cette fois plus précisément en matière de droit d'auteur, a trait au fait qu'il s'agit de la première occurrence jurisprudentielle concernant la violation continue d'une œuvre et sa prescription conséquente⁶⁰. Sur ce point, les défendeurs reprochent en effet au demandeur d'avoir agi en justice trop tardivement au regard de l'article 43.1 *Lda*. L'article mérite d'être reproduit, à l'exclusion de son second paragraphe :

[...] le tribunal ne peut accorder de réparations à l'égard d'un fait – acte ou omission – contraire à la présente loi que dans les cas suivants : a) le demandeur engage une procédure dans les trois ans qui suivent le moment où le fait visé par le recours a eu lieu, s'il avait connaissance du fait au moment où il a eu lieu ou s'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il en ait eu connaissance à ce moment ; b) le demandeur engage une procédure dans les trois ans qui suivent le moment où il a pris connaissance du fait visé par le recours ou le moment où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il en ait pris connaissance, s'il n'en avait pas connaissance au moment où il a eu lieu

58. James VINCENT, « Watch Jordan Peele use AI to make Barack Obama deliver a PSA about fake news », *Buzzfeed*, 17 avril 2018, en ligne: <<https://www.theverge.com/tldr/2018/4/17/17247334/ai-fake-news-video-barack-obama-jordan-peelee-buzzfeed>>.

59. *Drouin succession*, *supra*, note 40, par. 75.

60. *Id.*, par. 131.

ou s'il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce qu'il en ait eu connaissance à ce moment.

En la matière, la Cour ancre son raisonnement en rappelant le principe important selon lequel « chaque acte de contrefaçon fait courir sa propre période de prescription »⁶¹, avant de rappeler les analyses des auteurs Normand Tamaro⁶² d'une part, et Hugues Richard et Laurent Carrière⁶³ d'autre part, au sujet de la violation continue⁶⁴. Selon ces derniers – et tel que le reprend la Cour –, « une violation qui perdure dans le temps se trouve assimilée à une infraction continue, dont le délai de prescription ne commence à courir qu'au moment où la violation cesse »⁶⁵. Autrement dit, tant que la violation continue, la prescription ne court pas⁶⁶. Le tribunal rédige ainsi :

[...] il y a lieu de retenir que la prescription prévue à l'article 43.1 LDA s'applique aux actes passés et achevés, qui ont « eu lieu » (« *occurred* »), et que la computation du délai de trois ans de la prescription d'un recours en contrefaçon commence à courir au moment où la violation cesse. Par conséquent, un recours dénonçant des actes de violation en cours ou posés à l'intérieur du délai de trois ans n'est pas frappé de la prescription extinctive de la LDA.⁶⁷

Le tribunal rappelle qu'il est d'usage, au moins depuis la décision *Patnis c. Pagliaro*⁶⁸ de 1997, de chercher s'il n'y a pas eu au cours du délai de trois ans pour agir la preuve d'actes de contrefaçon, lesquels pourraient permettre de prolonger le délai en renouvelant potentiellement son point de départ⁶⁹ (constituant dès lors, en tout état de cause, un cas de violation continue de l'œuvre).

61. *Id.*, par. 125.

62. N. TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur – Texte annoté*, 10^e éd., Toronto, Carswell, 2015, p. 990, cité par *Drouin succession*, *supra*, note 40, par. 128.

63. Hugues RICHARD et Laurent CARRIÈRE (Léger Robic Richard), *Canadian Copyright Act – Annotated Robic*, volume 3, Toronto, Thomson Carswell, feuilles mobiles, mise à jour continue, S. 43.1§5.3.2 et §5.5 ; L. CARRIÈRE, « Prescription et propriété intellectuelle ou La prescription extinctive comme fin de non-recevoir en matière de propriété intellectuelle », (1993) 10-2 *Canadian Intellectual Property Review* 357, p. 371 et suiv., cité par *Drouin succession*, *supra*, note 40, par. 125.

64. *Drouin succession*, *supra*, note 40, par. 128-129.

65. *Id.*

66. *Id.*, par. 130.

67. *Id.*, par. 135.

68. *Pantis c. Pagliaro*, 1997 CanLII 10084 (QC CA) cité dans *Drouin succession*, *supra*, note 40, par. 131.

69. À partir, bien entendu, du moment où la violation cesse.

La Cour distingue ensuite les œuvres exploitées sur les sites Web des défendeurs (dont l'exploitation prolonge la violation supposée) des actes de contrefaçon passés et terminés depuis plus de trois ans selon les mesures de l'article 43.1 *Lda*. Pour ce point particulier, le tribunal entend maintenir, à l'instar de l'analyse proposée par l'auteure Céline Gervais, une interprétation restrictive du délai de prescription, et particulièrement de son point de départ. Gervais écrit ainsi, citée par la Cour, qu'« [o]n requiert [...] du demandeur une certaine proactivité, ce qui permet de dire que la seule ignorance des faits générateurs de son droit n'est pas une cause de suspension »⁷⁰. En somme, la Cour rappelle l'existence d'un devoir d'information à l'égard de tout demandeur, qu'elle qualifie même plus loin de devoir de diligence raisonnable⁷¹. Pour la Cour supérieure, il est donc clair que la suspension d'un délai de prescription doit être entendue de façon restrictive en matière de *Loi sur le droit d'auteur*, et ce d'autant plus qu'une exploitation par un site Web peut constituer une violation continue tant que le site est actif. Cette volonté de maintenir une certaine sécurité juridique en limitant les délais de recours n'est pas non plus sans lien avec la bonne foi affichée du défendeur dans cette affaire. La Cour écrit ainsi que « [...] Jean-Pierre Pepin [le défendeur] n'est pas responsable de l'ignorance du demandeur, ni de fraude, ni d'une dissimulation volontaire »⁷², et l'on se doute, *a contrario*, qu'une mauvaise foi de la partie adverse en la matière aurait pu justifier une décision différente. En tant que telle, la bonne foi du défendeur permet ici à la Cour de conclure plus facilement à la nécessité d'une diligence raisonnable et d'un devoir d'information du demandeur.

2.3 L'importance de l'affaire

L'intérêt de l'affaire *Drouin* tient en deux points. En matière de droit d'auteur, elle permet de fournir une première occurrence jurisprudentielle d'un cas de violation continue où la question du délai de prescription est proprement examinée. Au travers d'une mention des critères de diligence raisonnable et de devoir d'information du demandeur éventuel, la Cour rappelle – de façon tout à fait bienvenue à mon sens – que la mention de « délai raisonnable » pour la prise de connaissance de l'infraction mentionnée par l'article 43.1 consacrant le délai de prescription de trois ans pour agir ne peut être comprise de façon extensive. Cette réticence de la Cour est cohérente avec l'exigence de sécurité que requiert, *a fortiori*, toute fiction juridique

70. *Drouin succession*, *supra*, note 40, par. 140.

71. *Id.*, par. 147.

72. *Id.*, par. 146.

constituée par l'attente d'un comportement diligent. Le second point, ayant trait à la recevabilité de la preuve, m'apparaît plus contestable. Le raisonnement de la Cour jugeant qu'il n'y a pas de violation du droit à la vie privée malgré la collecte de la preuve au domicile du défendeur me semble offrir largement le terrain à une contestation doctrinale, si ce n'est même auprès des instances supérieures. La consolidation du droit de la preuve – qui devient, dès lors, supérieur aux considérations édictées par la Charte des droits et libertés fondamentaux, quoi qu'on en dise – me semble une stratégie délicate, qui fait privilégier (à mon sens à tort) l'intérêt du juriste pour les règles de procédures et la recherche de la vérité plutôt que l'intérêt citoyen. Il n'est pas certain que la vie privée en soit favorisée à l'avenir.

3. L'ARRÊT *PYRRHA DESIGN INC. c. PLUM AND POSEY INC.*, 2019 CF 129

3.1 Le contexte

Le principal apport de l'arrêt *Pyrrha Design Inc. c. Plum and Posey Inc.* de la Cour fédérale est de consacrer clairement les bijoux comme des œuvres artistiques. Outre cet apport non négligeable, la Cour apporte également une précision importante en raison de sa remarquable clarté quant à l'évaluation de la contrefaçon, qui ne peut être faite que sur la partie de l'œuvre qui manifeste l'exercice du talent et du jugement de son auteur. Je ne m'attarderai pas plus que nécessaire sur les faits de l'affaire : en l'espèce, une société de Colombie-Britannique, la société Pyrrha, attaque la société de Nouvelle-Écosse Plum and Posey au motif d'une violation de ses droits d'auteurs concernant neuf dessins de bijoux créés à partir de sceaux de cire, lesquels auraient été contrefaits par la défenderesse dans neuf dessins⁷³. Le conflit date, puisqu'un règlement entre les parties a notamment été sanctionné en 2013 au regard de 18 autres dessins de bijoux, à la faveur de la demanderesse⁷⁴. Le conflit, qui plus est, est soutenu, puisque la partie demanderesse noie littéralement la défenderesse sous les actions en justice et celles – également dommageables – parajudiciaires auprès des sites de vente en ligne concernés⁷⁵. Comme la partie demanderesse le reconnaît, ce n'est pas le procédé (de création à partir de sceaux en cire, technique qui existe depuis les années 1960) qui est le cœur de la demande, mais

73. *Pyrrha Design Inc. c. Plum and Posey Inc.*, 2019 CF 129, par. 2 [*Pyrrha*].

74. *Id.*, par. 54-55.

75. *Id.*, par. 56.

l'expression qui découle du procédé⁷⁶, lequel pourrait, dans une certaine mesure, s'apparenter « à une sculpture créée à l'aide d'un moule ou d'un modèle »⁷⁷. Pour résumer, la demanderesse ne crée ni ne modifie l'image des sceaux à cire utilisés (la méthode, on l'a dit, est générique et partagée par la défenderesse et, on l'imagine, d'autres créateurs de bijoux), mais se contente de couler les bijoux métalliques avant d'effectuer diverses tâches de finition⁷⁸. Les dessins de la demanderesse ont cependant la particularité d'être accessibles au public à travers – entre autres – le site Web de Pyrrha⁷⁹.

3.2 Les questions de droit

3.2.1 *Les bijoux formés à partir de procédés de création génériques peuvent constituer des œuvres au sens de la Lda en raison des travaux de finition manifestant le talent et le jugement de leurs auteurs*

Dans cet arrêt se posent donc plusieurs questions, dont seule la première revêt un intérêt suffisant pour être examinée ici⁸⁰ : les dessins de Pyrrha, eu égard à la méthode de fabrication générique des sceaux de cire, sont-ils des œuvres artistiques originales emportant la protection du droit d'auteur ? Comme la Cour fédérale le rappelle en citant l'arrêt *Cinar*⁸¹, « [l']expression distinctive d'une idée est nécessaire parce que le droit d'auteur ne peut exister dans une idée ou une méthode générique »⁸². La méthode et l'idée de création des bijoux à partir des sceaux de cire relevant du domaine public⁸³, la question qui se pose plus particulièrement est en réalité celle de l'œuvre dérivée, soit l'œuvre fondée sur une œuvre antérieure⁸⁴. En l'occurrence, les dessins de Pyrrha, fondés sur les œuvres antérieures que sont les sceaux de cire, sont-ils également des œuvres originales

76. *Id.*, par. 30.

77. *Id.*, par. 84.

78. *Id.*, par. 39-41.

79. L'arrêt mentionne également une accessibilité « par l'entremise de ses catalogues ainsi que dans les magasins ». *Id.*, par. 42.

80. Les questions sont les suivantes : les droits d'auteur subsistent-ils dans l'un ou l'autre des dessins de Pyrrha parce qu'il s'agit d'œuvres artistiques originales ? Les neuf dessins de Plum and Posey sont-ils essentiellement similaires aux neuf dessins de Pyrrha au point de constituer une violation du droit d'auteur ? Quelles réparations, le cas échéant, devraient être accordées ? *Id.*, par. 67.

81. *Cinar*, *supra*, note 36.

82. *Pyrrha*, *supra*, note 73, par. 93.

83. *Id.*, par. 94.

84. Bien que le terme ne soit pas consacré par la *Loi sur le droit d'auteur* – et ne soit donc pas utilisé comme tel dans la décision – il demeure un concept reconnu en droit d'auteur canadien.

faisant la preuve du talent et du jugement de leur auteur selon les critères établis par l'arrêt *CCH*⁸⁵ ?

À cette question, la Cour fédérale répond de manière positive⁸⁶. Pour établir son raisonnement, elle rappelle notamment que la gravure (procédé qui passe par l'utilisation d'une matrice creusée puis encrée pour l'impression sur un support)⁸⁷ est reconnue comme une œuvre artistique au sens de la *Lda*.

[100] Il convient également de tenir compte du fait que dans la définition d'« œuvre artistique » la Loi inclut une gravure. Comme indiqué dans John S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4^e édition, Toronto, Thomson Reuters, 2003 (feuilles mobiles, mis à jour en 2018), ch. 10, p. 10-11(d) [*Fox on Copyright*], [TRADUCTION] « le fait qu'une gravure s'inspire d'une autre œuvre n'exclut pas le droit d'auteur sur la gravure ».⁸⁸

Par raisonnement *a pari*, la Cour fédérale indique que les dessins de bijoux créés à partir de sceaux de cire ressemblent à des gravures, puisqu'ils s'inspirent également d'autres œuvres (en l'occurrence, les sceaux). Il faut donc logiquement se reporter à l'analyse d'une présence de talent et de jugement pour la fabrication du bijou, qui doit dépasser la simple reproduction mécanique de l'image (le caractère mécanique excluant, selon *CCH*, l'attribution du critère d'originalité). C'est donc en réalité au travers du travail de finition sur le bijou reproduit mécaniquement – qui découle notamment de son changement de support – que la Cour fédérale va évaluer si oui ou non il y a une œuvre originale produite. Citant la décision *Interlego AG c. Tyco Industries Inc.*, [1988] 3 All ER 949 [*Interlego*], la Cour rappelle qu'il a déjà été jugé qu'« une modification ou un embellissement mineur, mais important, peut transformer une œuvre substantiellement copiée en une œuvre originale ». En l'espèce, l'expression de l'image du sceau dans une structure en métal n'est pas une simple reproduction et nécessite talent et jugement pour la finition (oxydation avec des produits chimiques noircissant, polissage, etc.), talent et jugement d'autant plus manifeste selon la Cour qu'une formation

85. *CCH*, *supra*, note 14.

86. *Pyrrha*, *supra*, note 73, par. 118.

87. Le terme de gravure est d'ailleurs une confusion, puisque le mot désigne le procédé et non le résultat, qu'on appelle une estampe.

88. *Pyrrha*, *supra*, note 73, par. 100.

de plusieurs mois est nécessaire aux employés pour l'apprentissage de ces tâches⁸⁹.

3.2.2 L'évaluation de la contrefaçon ne s'examine que sur la partie de l'œuvre qui manifeste l'exercice du talent et du jugement de son auteur

Une seconde question d'importance était également examinée dans l'arrêt *Pyrrha*, celle-ci ayant trait à la question de la preuve de la contrefaçon en l'absence directe de preuve de l'infraction. En effet, il découle du premier raisonnement de la Cour concernant l'attribution des droits d'auteur à *Pyrrha* que ce n'est pas le procédé générique de création des bijoux à partir de sceaux de cire qui garantit ce droit d'auteur, mais le travail de finition qui va suivre. Peut-on dès lors reconnaître une contrefaçon sur les dessins litigieux ? Logiquement, la Cour fédérale répond de façon négative à cette interrogation. Se fondant également sur l'approche holistique dégagée par l'arrêt *Cinar*⁹⁰, la Cour fédérale rappelle en effet la jurisprudence *Phillip Morris* (2010)⁹¹ selon laquelle en l'absence d'une preuve directe de copie, deux critères sont nécessaires pour qualifier une contrefaçon : la similitude d'une part, l'accès à l'œuvre litigieuse d'autre part⁹². Je laisserai de côté l'examen de la question de l'accès, secondaire vu que la Cour conclut à l'absence de contrefaçon⁹³.

Comme le rappelle la Cour fédérale, la similitude importante doit être évaluée depuis *Cinar* de façon qualitative et globale, quitte à inclure des éléments non protégés (autrement dit, non originaux) des œuvres⁹⁴. Cette appréciation doit être faite du point de vue d'une personne « qui peut évaluer et apprécier pleinement tous les aspects pertinents de l'œuvre » et non du point de vue d'un « consommateur pressé », profane en la matière, comme c'est le cas en matière de marques de commerce⁹⁵. Ainsi, dans un énoncé remarquable par sa simplicité et sa clarté, la Cour fédérale énonce que « [l]a question n'est pas de savoir si les similitudes représentent visuellement une partie importante de l'œuvre (éléments non originaux et originaux), mais plutôt si les défenderesses ont copié une part importante de

89. *Id.*, par. 107.

90. *Id.*, par. 146.

91. *Phillip Morris Products S.A. c. Malboro Canada limitée*, 2010 CF 1099.

92. *Pyrrha*, *supra*, note 73, par. 121.

93. *Id.*, par. 148.

94. *Id.*, par. 127.

95. *Id.*, par. 130-131.

l'originalité des dessins de *Pyrrha* »⁹⁶. La contrefaçon ne peut donc être évaluée que sur la partie de l'œuvre qui manifeste l'exercice du talent et du jugement de son auteur (en l'occurrence, le travail et le jugement requis pour la finition des bijoux). Qui plus est, la Cour rappelle la jurisprudence *DRG*⁹⁷ selon laquelle, plus l'œuvre protégée est simple, plus le degré de similitude de la supposée copie doit être élevé pour reconnaître qu'il y a contrefaçon⁹⁸ : ce principe s'applique en l'espèce, pour ne pas placer sous protection du droit d'auteur le procédé générique de moulage par les sceaux de cire employé par les deux parties au litige, lequel appartient au domaine public.

3.3 L'importance de l'affaire

L'apport évident de l'arrêt *Pyrrha* eu égard à sa consécration par la Cour fédérale des bijoux comme des œuvres artistiques mérite d'être commenté. En l'espèce, la Cour a maintenu un conservatisme qu'on peut estimer comme tout à fait judicieux dans son raisonnement, en excluant de la qualification d'œuvres ce qui ne relève que des procédés génériques de moulages, ou encore des usages de finition comme l'oxydation et le polissage⁹⁹ : seules sont protégées les œuvres qui font la preuve du talent et du jugement de leurs auteurs. Ce raisonnement est heureux, car à l'examen il est clair que les figures présentées dans les bijoux sont génériques, autant de représentations innombrables qui traversent l'histoire (coq, tête de cerf, couronne, mains jointes, etc.)¹⁰⁰. La volonté de la Cour de se maintenir dans le cadre jurisprudentiel déterminé d'une part par la *Lda*, et d'autre part par les arrêts *CCH* (eu égard aux critères de talent et de jugement) et *Cinar* (eu égard à l'appréciation holistique de ce qui relève d'une œuvre originale) a pour conséquence logique d'exclure de la définition de l'originalité ce qui ne relève que d'un procédé purement mécanique. En ce sens, le véritable apport de l'arrêt *Pyrrha* est de consacrer les bijoux comme des œuvres originales dans la seule dimension où un exercice suffisant de talent et de jugement est exercé. Ce caractère peut être minime – comme le montre l'arrêt – mais il demeure la condition *sine qua non* de l'attribution d'un droit d'auteur.

96. *Id.*, par. 132.

97. *DRG Inc. c. Datafile Ltd.* (1987), 18 CPR (3d) 538 [*DRG*].

98. *Pyrrha*, *supra*, note 73, par. 123 et 133.

99. Quand ces usages relèvent de l'habitude, et non de décisions mettant en pratique le talent et le jugement de leurs auteurs éventuels.

100. La Cour mentionne ainsi au paragraphe 147 que « [l]es différences sont plus vraisemblablement le résultat de l'utilisation d'images similaires (mais non identiques) provenant de sources distinctes (la propre collection de chaque partie) ». *Pyrrha*, *supra*, note 73, par. 147.

Un second point d'intérêt quant à l'arrêt *Pyrrha* qui mérite à mon sens d'être commenté – et qui exclut le seul cadre du droit d'auteur – a trait aux avis d'atteinte à la propriété intellectuelle envoyés par la partie demanderesse à la compagnie Etsy, qui permet à la partie défenderesse de vendre en ligne les produits litigieux. Je me permets de reproduire ici les deux paragraphes (64 et 65) de l'arrêt :

[64] En plus de ces procédures judiciaires, *Pyrrha*, de juin à décembre 2017, a déposé cinq avis d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle auprès d'Etsy. Cumulativement, ces avis couvraient les neuf dessins de Plum and Posey visés par le présent litige. Chacun de ces avis a eu pour effet d'empêcher les ventes de Plum and Posey sur Etsy pendant 10 jours. Même après que M^{me} Hardy eut déposé un avis auprès d'Etsy contestant la prétention, l'avis de *Pyrrha* a eu pour effet de retirer de la vente les produits pendant 10 jours ; ensuite, *Pyrrha* devait déposer une preuve d'injonction interlocutoire, faute de quoi les dessins seraient remis en vente.

[65] *Pyrrha* n'a jamais déposé de preuve d'injonction, n'a jamais cherché à obtenir une telle injonction et a pourtant continué à soumettre ces avis. La seule explication raisonnable que la Cour peut en tirer est que chaque avis agissant à titre d'injonction de 10 jours visait à punir Plum and Posey d'une manière qu'un tribunal canadien n'aurait pas sanctionnée.¹⁰¹

« D'une manière qu'un tribunal canadien n'aurait pas sanctionnée ». Il me semble que la Cour, en l'espèce, ne peut pas signifier plus clairement sa limite en tant qu'instance judiciaire fondée sur le droit face à la capacité de nuisance très élevée qu'une stratégie qu'on ne peut que qualifier de harcèlement en ligne (sans questionner son caractère légitime ou non)¹⁰² peut entraîner : en cinq avis d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle envoyés au siège social de la plateforme de vente en ligne Etsy aux États-Unis (et conformément à la législation américaine), la partie demanderesse aurait ainsi obtenu

101. (Nos soulignements).

102. Je reprendrai ici à mon compte le raisonnement de la Cour à cet effet : non seulement « [l]a mauvaise foi ou l'intention malveillante du titulaire du droit d'auteur ne constitue pas un moyen de défense à la contrefaçon ni une entrave à la reconnaissance des droits d'auteur », mais il faut également se rappeler que « [l]a vigueur avec laquelle la demanderesse a poursuivi M^{me} Hardy peut également être attribuée à une croyance sincère que cette dernière violait les droits de la demanderesse, ce qui écarte la mauvaise foi ou la malveillance ». *Pyrrha*, *supra*, note 73, par. 76.

le blocage des ventes de la défenderesse pendant pas moins de 50 jours ouvrables¹⁰³. La Cour qualifie même dans l'arrêt que la vente en ligne sur des sites Web comme Etsy constitue « apparemment un canal clé de distribution et de vente pour ces types de produits »¹⁰⁴. Face à cette réalité, il est nécessaire de s'interroger sur l'appréhension juridique de ce genre de tactiques, potentiellement plus dommageables – et en tout cas, bien plus rapides – que les actions en justice. À cela, la Cour fédérale n'a bien évidemment pas de réponse à donner. Y réfléchir de façon pertinente et documentée requerrait davantage de temps et de place qu'il m'est alloué ici – le sujet pourrait, à dire vrai, prendre des années. Je me contenterai donc de mentionner que cette justice parallèle qui s'établit de plus en plus au travers des acteurs numériques est un phénomène émergent, d'autant plus préoccupant que la seule loi nationale semble souvent insuffisante pour son encadrement (*quid*, en effet, de son applicabilité pour des sites de vente étrangers, comme Etsy en l'espèce ?).

4. L'ARRÊT *BELL MÉDIA INC. c. GOLDTV.BIZ*, 2019 CF 1432

4.1 Le contexte

La décision *Bell Média*¹⁰⁵ est la première décision d'une Cour canadienne consacrant une injonction interlocutoire de blocage de site Web (en l'espèce, de *streaming*) en raison d'une infraction au droit d'auteur – l'injonction étant délivrée à de tierces parties, en l'occurrence des fournisseurs d'accès Internet (FAI)¹⁰⁶. Cette décision d'importance à une époque où le contenu en ligne représente une partie fondamentale des échanges de biens économiques culturels manifeste un alignement souhaitable de la jurisprudence canadienne sur le droit international (en l'occurrence britannique) en matière de blocage de sites Web pour des motifs de droit d'auteur¹⁰⁷. Comme ce qui m'intéresse ici est la décision d'injonction et non les faits qui y ont mené, je m'intéresserai directement aux questions de droit posées par l'arrêt et au raisonnement conséquent de la Cour.

103. *Id.*, par. 56.

104. *Id.*, par. 143.

105. *Bell Média Inc. c. GoldTV.Biz*, 2019 CF 1432 [*Bell Média*].

106. *Id.*, par. 8.

107. Le juge Gleeson de la Cour mentionne ainsi « Je ne suis pas convaincu que la réparation par voie d'injonction demandée puisse être si simplement séparée du caractère essentiel de l'action sous-jacente en violation de droit d'auteur ». *Id.*, par. 37.

4.2 Les questions de droit

Plusieurs questions se posent à la Cour fédérale. De toutes ces questions, la plus importante est de savoir si cette dernière a ou non compétence pour rendre une ordonnance de blocage de site et, si oui, selon quel critère¹⁰⁸.

4.2.1 *La Cour est compétente pour décider d'une réparation en droit d'auteur par le biais d'une injonction interlocutoire à un tiers au procès dans le cadre de l'equity*

La Cour répond en effet de manière positive à la question de sa compétence¹⁰⁹, rappelant que la Cour fédérale est selon la loi¹¹⁰ une cour d'equity, pouvant conséquemment délivrer des injonctions interlocutoires si ces dernières sont justes et opportunes¹¹¹. Pour établir son raisonnement, la Cour fédérale se fonde notamment sur la décision *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.*, 2017 CSC 34 [*Equustek*] dans laquelle la Cour suprême avait déjà examiné la possibilité de juger d'une réparation à une partie par le biais d'une injonction interlocutoire à un tiers au litige (en l'occurrence, Google)¹¹². Concluant que l'injonction est une décision en equity, la Cour suprême avait alors rappelé que le pouvoir des Cours pour délivrer ce type de réparation est en principe illimité, sous réserve de toute restriction législative pertinente¹¹³. Elle rattache qui plus est ce mécanisme au paragraphe 34(1) de la *Lda*, lequel prévoit que le titulaire d'un droit peut « exercer tous les recours – en vue notamment d'une injonction [...] que la loi accorde ou peut accorder pour la violation d'un droit »¹¹⁴. Ce point ne faisant pas plus de difficulté¹¹⁵, je m'intéresserai davantage à la question du critère de l'ordonnance.

108. Pour la liste des questions en litige, voir *Id.*, par. 21.

109. *Id.*, par. 41.

110. Voir les articles 4 et 44 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7.

111. *Bell Média*, *supra*, note 105, par. 22.

112. *Id.*, par. 23 et 24.

113. Dans *Equustek*, au par. 23, cité par *Bell Média*, *supra*, note 105, par. 23.

114. Dans *Equustek*, au par. 31, cité par *Bell Média*, *supra*, note 105, par. 29.

115. Un des FAI, TekSavvy, soutient que dans le cas où la Cour s'estimerait compétente (comme c'est le cas en l'espèce), cette dernière ne devrait pas exercer son droit, notamment au vu d'un contexte particulier de débat canadien au Parlement et au CRTC eu égard à la question du blocage de sites Web. Cet argument est écarté par la Cour pour diverses raisons, notamment la clarté du droit positif en la matière (la Cour rappelle ainsi que le CRTC a un pouvoir d'autorisation des blocages, et non un pouvoir de contrainte sur les blocages en

4.2.2 Un éclairage par la jurisprudence britannique quant aux conditions d'évaluation de deux des trois critères nécessaires à la délivrance d'une injonction interlocutoire : le caractère irréparable du préjudice et la prépondérance des inconvénients

Les critères nécessaires à une décision d'injonction interlocutoire sont normalement établis par une double jurisprudence canadienne, en l'occurrence les arrêts *Metropolitan Stores* de 1987¹¹⁶ et *RJR-MacDonald* de 1994¹¹⁷. Selon ces deux arrêts de la Cour suprême du Canada, trois critères permettent habituellement de délivrer une telle injonction : d'abord le caractère sérieux de la question à trancher, ensuite le caractère irréparable du préjudice causé en l'absence d'injonction, et enfin le caractère de prépondérance (ou de proportionnalité) des inconvénients, également désigné comme « l'équilibre des équités »¹¹⁸, qui doit jouer en faveur du demandeur. Point important, ces trois critères doivent être évalués dans leur ensemble, ce qui signifie qu'ils sont modulables (autrement dit, la manifestation forte d'un critère peut abaisser le seuil des deux autres)¹¹⁹.

Le grand intérêt de la décision *Bell Média* de la Cour fédérale tient à l'éclairage qu'elle procure sur les conditions d'évaluation de ces critères, éclairage fondé sur une jurisprudence britannique. Le critère du caractère sérieux de la question à trancher ne posant pas de problème particulier, ce sont les deux critères suivants (le caractère irréparable du préjudice et la prépondérance des inconvénients) qui seront réévalués au regard de la jurisprudence britannique, en l'occurrence un arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (CAAPG) *Cartier CA*¹²⁰. À la question de savoir si cet appui sur une jurisprudence britannique est légitime, la Cour fédérale répond que « les principes d'équité et l'application de ces principes dans les deux ressorts ont évolué à partir d'une tradition commune »¹²¹, rendant dès lors utiles les facteurs d'évaluation de la Cour anglaise

raison de l'article 36 de la Loi sur les télécommunications). Pour plus de détails, voir *Bell Média*, *supra*, note 105, par. 27 à 42.

116. *Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110 [*Metropolitan Stores*].

117. *RJR – Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311 [*RJR–MacDonald*].

118. *Bell Média*, *supra*, note 105, par. 51.

119. *Id.*, par. 56.

120. *Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2016] EWCA Civ 658 [*Cartier CA*], notamment cité dans *Equustek*, aux paragraphes 31 à 33, également cité par *Bell Média*, *supra*, note 105, par. 8.

121. *Bell Média*, *supra*, note 105, par. 50.

quant à la décision de rendre ou non une ordonnance de blocage de site¹²². Ce sont donc pas moins de huit critères de la jurisprudence britannique qui vont être utilisés pour réévaluer non seulement le caractère irréparable du préjudice (deuxième critère), mais également celui de « l'équilibre des équités » (troisième critère), c'est-à-dire de la proportionnalité d'une injonction interlocutoire de blocage de site quant à ses effets sur les parties au litige. Je reproduis ici ces huit « facteurs » tels que mentionnés dans l'arrêt, précisant que la Cour mentionne qu'ils ne sont pas exhaustifs, et qu'aucun d'entre eux n'est déterminant pour caractériser comment la proportionnalité doit se décider ; l'évaluation de cette proportionnalité, en d'autres termes, doit favoriser une approche holistique¹²³ :

A. Nécessité : un examen sur la mesure dans laquelle la réparation est nécessaire pour protéger les droits d'un demandeur. La réparation n'a pas à être indispensable, mais la cour peut déterminer qu'il existe d'autres mesures moins onéreuses.

B. Efficacité : un examen de la question de savoir si la mesure de redressement demandée compliquera la contrefaçon et découragera les utilisateurs d'Internet d'accéder au service contrefait.

C. Effet dissuasif : un examen de la question de savoir si d'autres parties, qui n'utilisent pas actuellement le service contrefait, seront dissuadées de le faire.

D. Complexité et coût : un examen de la complexité et du coût de la mise en œuvre de la mesure de redressement demandée.

E. Obstacles à l'utilisation ou au commerce légitimes : un examen de la question de savoir si la réparation créera des obstacles à l'utilisation ou au commerce légitimes en nuisant indûment à la capacité des utilisateurs des services des FAI d'accéder légalement à l'information.

F. Équité : un examen de la question de savoir si la réparation constitue le juste équilibre entre les droits fondamentaux des parties, des tiers et du grand public.

122. En l'occurrence, dans cette décision *Cartier CA*, la CAAPG avait en effet rendu une ordonnance de blocage de sites à l'égard de cinq FAI.

123. *Bell Média*, *supra*, note 105, par. 54. Le terme « holistique » n'est pas utilisé par la Cour, mais la marque de l'approche globale adoptée par l'arrêt *Cinar* peut sans doute être rappelée ici. Voir *supra*, note 36.

G. Substitution : un examen de la mesure dans laquelle les sites bloqués pourraient être remplacés ou substitués et de la question de savoir si un site bloqué pourrait être remplacé par un autre site contrefait.

H. Mesures de sauvegarde : un examen de la question de savoir si la mesure de redressement demandée comprend des mesures de sauvegarde contre les abus.¹²⁴

Sur ces huit facteurs, le premier (celui de nécessité) servira à préciser l'évaluation du deuxième critère, celui du caractère irréparable du préjudice, tandis que les sept autres facteurs serviront quant à eux à préciser le troisième et dernier critère, celui de la prépondérance des inconvénients.

En l'espèce, le juge Gleeson de la Cour fédérale va commencer par mentionner que le premier des trois critères nécessaires pour établir l'injonction (celui du caractère sérieux de la question à trancher)¹²⁵ est suffisamment manifeste pour abaisser, de fait, le seuil des deux autres critères normalement exigés¹²⁶. Cette tactique lui donne bien sûr une plus grande latitude dans l'évaluation des critères et des facteurs d'évaluation fournis par la jurisprudence britannique. Sur l'évaluation du critère de préjudice irréparable par le facteur de nécessité, la Cour fédérale mentionne ainsi qu'« [a]ucun élément de preuve ne soutient la prétention selon laquelle [des] mesures [alternatives à l'injonction de blocage de site Web] seraient efficaces »¹²⁷, le caractère nécessaire du blocage et, conséquemment, du caractère irréparable du préjudice étant ainsi confirmé¹²⁸.

La Cour évalue ensuite la question de la prépondérance des inconvénients eu égard aux sept autres critères de la jurisprudence britannique. Cet examen étant pertinent dans un contexte d'applicabilité des règles du droit d'auteur en ligne, je les passerai rapidement en revue successivement :

- Efficacité : bien que le blocage d'un site Web de *streaming* puisse être contourné, un tel contournement n'est pas aisé à mettre en

124. *Bell Média, supra*, note 105, par. 52.

125. Je rappelle que cette question n'est pas examinée dans ce texte, qui ne s'intéresse qu'à la question de l'injonction et de ses critères d'applicabilité.

126. *Bell Média, supra*, note 105, par. 56.

127. *Bell Média, supra*, note 105, par. 65.

128. *Id.*, par. 68.

place, et il est souvent inefficace¹²⁹. Le blocage est en l'occurrence jugé potentiellement efficace.

- Effet dissuasif : bien qu'il soit possible d'utiliser un service de RPV¹³⁰ pour contourner le blocage, la complexité requise par la mise en place d'un tel système participe de l'effet dissuasif de la mesure de blocage d'un site Web pour violation du droit d'auteur.
- Complexité et coût : ce point est intéressant puisque le poids économique de l'injonction de blocage du site Web pèse sur un tiers au litige initial, bien qu'un remboursement des frais engagés le cas échéant soit prévu¹³¹. En l'occurrence, la Cour fédérale procède à un examen de proportionnalité entre la nécessité de la mesure et son coût, lequel est considéré comme trop peu important pour justifier un refus d'injonction¹³².
- Obstacles au commerce légitime : le blocage étant limité au site Web litigieux (domaines, sous-domaines, adresses IP), la Cour estime que le risque de surblocage à l'égard des clients des FAI n'est pas suffisamment caractérisé.
- Équité : selon la Cour – ce point est d'importance – une ordonnance de blocage de site Web peut être examinée au regard du principe de neutralité du Net, protégé par l'article 36 de la *Loi sur les télécommunications*. Cependant, en l'espèce, les conditions restrictives de l'injonction et la violation continue et caractérisée du droit d'auteur qu'elle vise à empêcher contribuent à justifier l'octroi de l'ordonnance¹³³.
- Substitution : la possibilité de création d'un site Web miroir qui maintiendrait l'infraction est une possibilité reconnue par la Cour, mais qui ne justifie pas un refus de l'ordonnance¹³⁴.

129. *Id.*, par. 72 à 76.

130. Réseau privé virtuel, ou VPN (*Virtual Private Network*). En général, les VPN sont utilisés pour modifier virtuellement l'adresse IP de l'utilisateur (par sauts successifs d'adresses IP à différents endroits du monde par exemple, ou par choix d'une adresse IP précisément localisée dans un pays où le droit est plus clément).

131. *Bell Média, supra*, note 105, par. 90.

132. *Id.*, par. 87-88.

133. *Id.*, par. 97.

134. Des plateformes de partage de fichiers de pair à pair (*peer-to-peer*) comme *The Pirate Bay* continuent largement de fonctionner grâce à de tels sites miroirs, qui utilisent des adresses différentes de celles du site initial, bloqué de longue date.

- Mesures de sauvegarde : ici encore, la Cour fédérale examine la proportionnalité entre la nécessité de l'ordonnance et ses inconvénients éventuels, pour lesquels des mesures de sauvegarde (cf. *supra*) ont été proposées. Cet examen joue en faveur de l'octroi de l'injonction.

Sans surprise, la conclusion de l'examen de ces sept facteurs est de valider le critère de la prépondérance des inconvénients, dernier des trois critères nécessaires à la décision d'octroi de l'injonction d'un blocage de site Web pour violation du droit d'auteur.

4.3 L'importance de l'affaire

Il est étonnant que la jurisprudence canadienne ait attendu 2019 pour avoir à prononcer sa première injonction de blocage d'un site Web de *streaming* pour violation du droit d'auteur. Pour autant, la décision *Bell Média* est remarquablement claire quant à sa manière d'évaluer les trois critères usuellement reconnus pour l'octroi d'une telle injonction (caractère sérieux, préjudice irréparable, prépondérance des inconvénients). L'utilisation de facteurs établis par la jurisprudence britannique permet d'en éclairer l'octroi de façon heureuse – tant en matière d'injonction interlocutoire de blocage de site Web que pour l'applicabilité du droit d'auteur quant aux infractions en ligne. La précision de la décision est à la mesure des enjeux, et il est important de saluer combien la question primordiale de la proportionnalité de la mesure ressort constamment de l'analyse de la Cour : le processus d'indemnisation des FAI quant aux conséquences économiques de l'injonction est bel et bien pris en compte, tout comme la nécessité d'introduire dans l'injonction des mesures de sauvegarde pour que les conséquences de cette dernière soient réduites au minimum requis.

CONCLUSION

Les arrêts choisis ici ont tous un point commun qui dépasse la seule question du droit d'auteur. En effet, ils sont tous édictés – quand bien même ce point n'a pas toujours été repris dans mon analyse¹³⁵ – dans un contexte de numérisation accélérée de la société, qui pousse le droit d'auteur à s'adapter. Que ce soit par le biais d'une injonction

135. L'arrêt *Keatley*, par exemple, implique une réflexion quant au principe de neutralité technologique; ce point n'avait pas particulièrement besoin d'être traité en l'espèce.

de blocage de site de *streaming* (*Bell Média*), en raison du caractère désormais souvent dématérialisé des ventes de produits protégés par le droit d'auteur (*Pyrrha*) ou pour des raisons d'exploitation de site Web et leur violation continue du droit d'auteur (*Drouin*), force est de constater que la jurisprudence canadienne harmonise le plus souvent avec prudence sa position en matière de droit d'auteur. Malgré quelques errements – en matière de vie privée notamment (la question de la preuve dans *Drouin*) – et des opportunités manquées (*Keatley*), la cuvée 2019 doit être saluée par son souci de toujours maintenir un certain équilibre entre les droits des auteurs et les droits des utilisateurs, principe fondateur du droit d'auteur s'il en est, comme le préconisent nombre de rapports depuis l'avènement d'Internet¹³⁶. Cet équilibre penche-t-il davantage du côté des auteurs ou de l'intérêt du public ? La question, nous rappelle Georges Azzaria, mérite souvent d'être posée puisque « la recherche d'un équilibre au sein d'une loi comporte une part d'idéologie, le point d'équilibre pouvant être situé à plus d'un endroit »¹³⁷. Dans son analyse de 2013 quant à la réforme de la *Lda* de 2012, Georges Azzaria concluait justement que le versant technologique de la réforme tendait à jouer contre les auteurs. Presque sept ans plus tard, sa conclusion se vérifie toujours : la protection offerte par *Keatley* au droit de la Couronne (notamment pour un site Web exploitant les œuvres protégées) le manifeste, tout comme l'absence de recours juridique efficace pour les auteurs contre les (ou en remplacement de) stratégies de harcèlement parajuridiques (dans *Pyrrha*), en l'espèce en matière de ventes en ligne. Ces lacunes devront être réglées un jour ou l'autre, si le droit d'auteur entend entrer pleinement dans le siècle présent.

136. Voir notamment INDUSTRIE CANADA, *Contact, communauté, contenu : le défi de l'autoroute de l'information : Rapport final du Comité consultatif sur l'autoroute de l'information*, 1995, p. 131 : « Dans le contexte de la numérisation accélérée de l'information, le gouvernement fédéral devrait adopter des principes régissant le droit d'auteur, en se fondant sur ce qui suit : a) maintenir l'équilibre entre le droit des créateurs de bénéficier de l'usage de leurs œuvres et les besoins des usagers (y compris les milieux de l'enseignement et de la formation) d'avoir accès à ces œuvres et de les utiliser selon des modalités raisonnables [...] ».

137. Georges AZZARIA, « Un tournant pour le droit d'auteur canadien », (2013) 25-3 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 885, p. 887.