

Capsule

Bell Canada v. L3D Distributing : la Cour fédérale a-t-elle ouvert la boîte de Pandore pour les commerçants de décodeurs IPTV ?

Camille Desmarais*

RÉSUMÉ/ABSTRACT	183
I- INTRODUCTION	185
II- LES FAITS ET LE DROIT	186
III- L'ANALYSE DE LA COUR	187
A- Le défaut des défendeurs	188
B- Les motifs d'action allégués dans la déclaration introductive	188
1. Les infractions à la <i>Loi sur le droit d'auteur</i>	188
i) La titularité des droits d'auteur et le droit d'exercice du recours en violation du droit d'auteur	188
ii) La mise à la disposition du public par télécommunication	189

© Camille Desmarais, 2022.

* Camille Desmarais est avocate en propriété intellectuelle et droit du divertissement et pratique au sein du cabinet MLS Légal. Ce cabinet boutique se spécialise en litiges de propriété intellectuelle, droit d'auteur, divertissement, marques de commerce et conseils en matière de marketing et de conformité.

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

iii) L'autorisation de communiquer des œuvres au public par télécommunications	190
2. Les motifs d'action issues de la common law	190
i) L'incitation à enfreindre le droit d'auteur.	190
ii) La responsabilité personnelle de Raheel Rafiq	192
3. L'infraction à la <i>Loi sur la radiocommunication</i>	192
C- Les recours et mesures de réparation	192
1. Les déclarations	192
2. L'injonction	193
3. Les dommages.	194
i) Les dommages préétablis.	194
ii) Les dommages punitifs et les frais	196
IV- RÉFLEXION ET CONCLUSION	196

RÉSUMÉ

Dans le jugement *ex parte Bell Canada v. L3D Distributing*, la Cour fédérale se penche sur la situation juridique des décodeurs IPTV en regard du droit d'auteur et, brièvement, du droit réglementaire sur les télécommunications. Les parties demanderesse, des acteurs majeurs du secteur audiovisuel, ont relevé en 2016 le développement d'un commerce de décodeurs préinstallés à des fins illicites. Une fois connectés à une télévision, ceux-ci permettent d'accéder illégalement, par le biais de sites de diffusion en flux continu, à une quantité astronomique de contenu culturel, dont de nombreuses œuvres des demandeurs. La Cour fédérale examine l'allégation de violation du droit d'auteur sous les angles de l'infraction directe de mise à la disposition du public par télécommunications et des infractions indirectes d'autorisation et d'incitation. Ce dernier angle constitue une importation inédite depuis la common law des domaines des dessins industriels et des brevets dans l'univers du droit d'auteur. Donnant raison aux demandeurs sur l'ensemble des allégations, la Cour accorde des dommages colossaux de plusieurs dizaines de millions de dollars.

MOTS-CLÉS

Droit d'auteur – Droit réglementaire – Radiocommunications – Télécommunications – Technologie – Piratage – Violation de droit d'auteur – Infraction indirecte – Production audiovisuelle

ABSTRACT

In the *ex parte* decision *Bell Canada v. L3D Distributing*, the Federal Court addresses the legal status of IPTV set-top boxes with respect to copyright and, briefly, telecommunications regulatory law. The plaintiffs, major players in the audiovisual sector, noted in 2016 the flourishing of a market in preinstalled set-top boxes for illegal purposes. Once connected to a television, these allow to illegally access, via streaming services, an astronomical amount of cultural content, including many of the plaintiffs' works. The Federal Court examines the allegation of copyright infringement from the perspectives of the direct infringement of making available to the public by telecommunications and the indirect infringements of authorization and inducement. The latter perspective constitutes an unprecedented common law import from the fields of industrial designs and patents to the copyright law universe. The Court found in favor of the plaintiffs on all the allegations and awarded colossal damages of several millions of dollars.

KEYWORDS

Copyright – Regulatory law – Radiocommunication – Telecommunication – Technology – Piracy – Copyright infringement – Indirect infringement – Audiovisual production

I- INTRODUCTION

L'abondance de l'offre culturelle actuelle, notamment dans le secteur audiovisuel, conjuguée à un essor technologique fulgurant, a donné lieu à une recrudescence constante de la circulation non autorisée d'œuvres. En effet, bien qu'il s'agisse d'un phénomène de longue date, le piratage de contenu culturel bénéficie de l'évolution exponentielle des progrès technologiques et se trace toujours de nouveaux chemins jusqu'aux écrans des consommatrices et consommateurs culturels. Le boîtier décodeur préinstallé (ci-après « BDP ») et le service de signal privé de télévision par protocole Internet (ci-après « services IPTV ») sont du lot. Vendus comme de petits appareils miraculeux donnant accès à une quantité gargantuesque de contenu à un prix ridiculement bas, ces boîtiers (et les services IPTV liés) sont au cœur de la récente décision de droit d'auteur *Bell Canada v. L3D Distributing Inc. (INL3D)*¹.

Un BDP permet de convertir une télévision standard en télévision intelligente : une fois celui-ci connecté à la télévision, les applications préinstallées permettront à l'utilisatrice ou l'utilisateur d'accéder à Internet à partir de sa télévision. En soi, une telle utilisation n'enfreint pas le droit d'auteur, l'utilisatrice ou l'utilisateur pouvant se servir du décodeur afin d'accéder à du contenu légal via Netflix, Prime Video, Crave ou Club Illico, par exemple. Là où le bât blesse, c'est lorsque des individus configurent le BDP à l'aide d'applications et d'extensions permettant d'accéder à du contenu protégé par droit d'auteur à travers un service d'IPTV, et ce, sans l'autorisation des titulaires de droits. Ce service permet aux utilisatrices et utilisateurs de se connecter directement à des serveurs Internet privés qui diffusent des retransmissions non autorisées d'œuvres protégées².

La présente capsule a donc pour objet de situer le contexte factuel et juridique dans lequel le jugement a émergé, d'analyser le

1. *Bell Canada v. L3D Distributing Inc. (INL3D)*, 2021 FC 832 (j. Fuhrer) (ci-après « *Bell Canada FC 2021* »).
2. *Bell Canada c. Red Rhino Entertainment Inc.*, 2019 CF 1460, par. 3 (j. Norris).

raisonnement de la Cour, puis de conclure avec quelques réflexions sur les enjeux soulevés par cette affaire.

II- LES FAITS ET LE DROIT

L'affaire a débuté en 2016 quand les compagnies demanderes, acteurs majeurs dans l'univers audiovisuel, ont relevé le développement sur le marché de la commercialisation de BDP. Quelques injonctions interlocutoires³, injonctions *Anton Piller*⁴ et jugements pour outrage⁵ plus tard, la Cour fédérale s'est penchée sur la question dans un jugement *ex parte*.

Les demandeurs possèdent et exploitent des chaînes de télévision (les « médias demandeurs » : Bell Media, Rogers Media et TVA) ou sont des entreprises de distribution de radiodiffusion (les « distributeurs demandeurs » : Bell Canada, Bell ExpressVu, Rogers Cable et Vidéotron). Les médias demandeurs sont titulaires de droits d'auteur sur certaines œuvres et sont licenciés exclusifs pour d'autres. Des sommes colossales ont été investies dans ces programmations (1,7 milliard de dollars en 2015 et 2,4 milliards de dollars en 2019)⁶, d'où les procédures à l'encontre des défendeurs, INL3D, Morcor, Ottawa Tek et Raheel Rafiq (unique administrateur d'Ottawa Tek). Les demandeurs les accusent notamment d'avoir fait la promotion et d'avoir commercialisé des BDP et des services IPTV dans des points de vente physiques et en ligne.

Les demandeurs s'adressent donc à la Cour afin d'obtenir un jugement par défaut suivant les *Règles des Cours fédérales* (ci-après « RCF »)⁷ déclarant que les activités des défendeurs constituent des violations au droit d'auteur au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* (ci-après « LDA »)⁸ ainsi qu'une vente illégale de dispositifs destinés à recevoir une programmation illégalement décodée au sens de la *Loi sur la radiocommunication* (ci-après « LR »)⁹.

3. *Bell Canada c. 1320630 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 CF 612 (j. Tremblay-Lamer) (ci-après « *Bell Canada* CF 2016 ») ; *Wesley (Mtlfreetv.com) c. Bell Canada*, 2017 CAF 55 (j. Gauthier).

4. *Bell Canada c. Lackman*, 2018 CAF 42 (j. Noël, Gauthier, De Montigny) (ci-après « *Bell Canada* CAF 2018 »).

5. *Bell Canada c. Vincent Wesley (MTL FreeTv.com)*, 2018 CF 66 (j. Roy) ; *Bell Canada c. Red Rhino Entertainment Inc.*, 2019 CF 1460 (j. Norris).

6. *Bell Canada* FC 2021, préc. note 1, par. 5.

7. *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (ci-après « RCF »).

8. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42 (ci-après « LDA »).

9. *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. 1985, c. R-2 (ci-après « LR »).

III- L'ANALYSE DE LA COUR

La juge Fuhrer ouvre son analyse avec les trois fardeaux de preuve que le demandeur doit remplir afin de réussir son recours *ex parte*¹⁰ :

- 1) Établir le défaut des défendeurs¹¹ ;
- 2) Établir les déclarations alléguées dans la déclaration introductive selon la prépondérance des probabilités ; ainsi que
 - a. La titularité des droits d'auteur par les demandeurs¹² et le droit d'exercice du recours en violation de droit d'auteur par ceux-ci¹³ ;
 - b. L'infraction directe au droit d'auteur par les demandeurs de par l'exercice non autorisé du droit exclusif de mise à la disposition du public par télécommunication¹⁴ ;
 - c. L'infraction indirecte au droit d'auteur de par l'exercice non autorisé du droit exclusif d'autorisation de communication au public par télécommunication par le biais des sites de *streaming*¹⁵ ;
 - d. L'infraction indirecte au droit d'auteur de par l'incitation à enfreindre le droit d'auteur ;
 - e. La responsabilité personnelle de Raheel Rafiq, unique administrateur d'une des sociétés défenderesses ; et
 - f. L'infraction à la LR de par la promotion et la mise en vente par les défendeurs de dispositifs utilisés ou destinés à être utilisés pour décoder illégalement des signaux de radiocommunication¹⁶.

10. *BBC Chartering Carriers GMBH & CO KG c. Openhydro Technology Canada Limited*, 2018 CF 1098, par. 15 (j. McDonald) ; *Teavana Corp v. Teayama Inc.*, 2014 FC 372, par. 4 (j. Bédard) ; *Aquasmart Technologies Inc. v. Klassen*, 2011 FC 212, par. 45 (j. Shore) ; *Louis Vuitton Mallettier SA c. Yang*, 2007 CF 1179, par. 4 (j. Snider).

11. Art. 210(2) RCF.

12. Art. 5(1)(b)(i), 13(6)(7) et 34.1(1) LDA.

13. Art. 3(1)(f) et 2.4(1.1) LDA.

14. Art. 3(1)(f), 13 (7), 2(4.1) et 27(1) LDA.

15. Art. 3(1) et 27(1) LDA.

16. Art. 9(1)(c)(d) et 10(1)(b) LR.

- 3) Établir le droit des demandeurs aux mesures de réparation demandées.
 - a. Les déclarations ;
 - b. Les dommages préétablis ;
 - c. Les dommages punitifs.

A- Le défaut des défendeurs

La juge n'éprouvera aucune difficulté à confirmer le premier critère à la lumière des avis de signification des procédures et des nombreuses injonctions interlocutoires laissées sans réponse par les défendeurs.

B- Les motifs d'action allégués dans la déclaration introductive

1. Les infractions à la Loi sur le droit d'auteur

- i) La titularité des droits d'auteur et le droit d'exercice du recours en violation du droit d'auteur*

Les demandeurs allèguent détenir deux types de droits sur les œuvres concernées, c'est-à-dire des droits à titre d'auteurs des œuvres originales diffusées en direct sur leurs chaînes ou des droits à titre de licenciés exclusifs en territoire canadien pour la communication au public par télécommunication (par le biais de la télévision et de la diffusion en ligne) d'autres œuvres.

La Cour reconnaît aux demandeurs l'application de la présomption relative à la titularité des droits sur les œuvres, ces derniers ayant leurs sièges sociaux dans un État membre de la *Convention de Berne*¹⁷, l'auteur étant présumé premier titulaire des droits d'auteur¹⁸ et le licencié exclusif étant présumé habilité à exercer le recours en violation du droit d'auteur prévu à la LDA¹⁹. Certes, l'absence de défense de la part des défenseurs laisse présumer le déni des allégations²⁰ ; or, au-delà d'un simple déni, la présentation d'une preuve contraire était nécessaire pour renverser la présomption²¹.

17. Art. 5(1)(b)(i) LDA.

18. Art. 34.1(1) LDA.

19. Art. 27(1) LDA.

20. Art. 184 RCF.

21. Art. 34.1(1) LDA.

En se basant notamment sur les affidavits des représentants des demandeurs, la Cour confirme les droits exclusifs des demandeurs de communiquer les œuvres au public par télécommunication²², y compris au moyen de la lecture en continu en ligne²³, et de les mettre à la disposition du public par ce même moyen²⁴.

ii) *La mise à la disposition du public par télécommunication*

En se fondant sur l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*²⁵, la juge confirme que les défendeurs, en fournissant les moyens techniques aux utilisatrices et utilisateurs d'accéder au contenu piraté par le biais de BDP, ont enfreint le droit exclusif des demandeurs de mettre leurs œuvres à la disposition du public par télécommunication²⁶. Bien qu'il s'agisse de technologies « *pull* », où l'utilisatrice ou l'utilisateur prend individuellement l'initiative de la démarche pour accéder aux œuvres, contrairement au modèle « *push* » traditionnel, où le distributeur propose l'offre de contenu, la Cour estime qu'il ne s'agit pas d'un obstacle à l'application de l'article 3(1)(f) LDA.

La Cour rejette aussi l'application de l'exemption de responsabilité pour la fourniture d'un moyen de communication neutre²⁷ compte tenu du modèle d'affaire des défendeurs, qui publicisent leurs produits comme faciles d'utilisation et peu coûteux. En effet, une telle exemption ne s'applique que dans le cas où le contenu communiqué est « neutre », c'est-à-dire qu'il ne viole pas le droit d'auteur²⁸.

Dans une procédure liée, le juge Tremblay-Lamer ne manque d'ailleurs pas de faire remarquer que l'unique raison pour laquelle autant d'utilisatrices et utilisateurs peuvent accéder à une telle quantité de contenu piraté est la simplicité d'utilisation

22. Art. 3(1)(f) LDA.

23. *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, par. 56 (j. Rothstein) (ci-après « *Rogers c. SOCAN* »).

24. Art. 2.4(1.1) LDA.

25. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, par. 42 (j. Sharlow) (ci-après « *SOCAN c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet* »).

26. Art. 2.4(1.1) LDA.

27. Art. 2.4(1)(b) LDA.

28. *SOCAN c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, préc. note 25, par. 92 ; *Bell Canada CF 2016*, préc. note 3, par. 22 ; *Bell Canada CAF 2018*, préc. note 4, par. 32 et 36.

des produits des défendeurs, le commun des mortels ne disposant pas nécessairement des habiletés pour configurer lui-même de tels appareils²⁹.

iii) L'autorisation de communiquer des œuvres au public par télécommunications

La Cour confirme que les défendeurs ont enfreint le droit exclusif des demandeurs d'autoriser le droit de communiquer leurs œuvres en autorisant des sites de *streaming* à communiquer celles-ci sans leur consentement³⁰. Elle estime en effet que les défendeurs avaient un degré de contrôle suffisant sur l'utilisation de leurs boîtiers pour conclure qu'ils ont ainsi indûment autorisé la communication, notamment du fait que ceux-ci jouaient un rôle actif en offrant des services de soutien technique³¹. La juge Fuhrer mentionne notamment le fait que les défendeurs, en promouvant leur produit comme donnant un accès libre, voire gratuit, à des centaines d'émissions télévisées, encourageaient sciemment les consommatrices et les consommateurs à contourner les voies légitimes pour accéder à ce contenu³².

2. Les motifs d'action issus de la common law

i) L'incitation à enfreindre le droit d'auteur

Grande première en droit d'auteur au Canada : la juge Fuhrer accepte pour motif au recours en violation de droit d'auteur l'infraction indirecte d'incitation. Autrement dit, les défendeurs, par leurs activités, ont indirectement enfreint les droits d'auteur des demandeurs en incitant les consommatrices et les consommateurs à commettre l'infraction de violation des droits d'auteurs.

L'infraction d'incitation en est une de common law et est issue de deux autres domaines de la propriété intellectuelle : les dessins industriels et les brevets. Le test en matière de dessins industriels se décline de la manière suivante :

Afin « d'inciter ou amener une autre personne à violer un droit à la propriété intellectuelle », on doit faire quelque chose qui

29. *Bell Canada* CF 2016, préc. note 3, par. 24.

30. Art. 3(1) et 27(1) LDA.

31. *CCH Canadienne Liée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 38 (j. McLachlin) (ci-après « arrêt *CCH Canadienne* »).

32. *Bell Canada* CF 2016, préc. note 3, par. 22.

amène cette personne à violer le droit en question. On doit donc : a) en toute connaissance de cause ; b) inciter ou amener (par exemple, en offrant à la vente alors que l'on sait que l'utilisation du bien serait une violation d'un droit) ; c) une autre personne à violer un droit à la propriété intellectuelle.³³

Ce test a par la suite été transposé dans l'univers des brevets :

[TRADUCTION LIBRE] (i) l'acte de contrefaçon a été posé par un contrefacteur direct ; (ii) l'accomplissement de la contrefaçon a été influencé par les gestes posés par l'influenceur, sans lesquels la contrefaçon n'aurait pas eu lieu ; (iii) l'influenceur vendeur a sciemment exercé cette influence ; par conséquent, il savait que son influence entraînerait l'accomplissement d'un acte de contrefaçon.³⁴

La juge Fuhrer ne voit aucune raison pouvant justifier qu'un tel principe ne puisse trouver application en matière de droit d'auteur et applique le test de la manière suivante :

- i. Les sites de *streaming* qui hébergent et distribuent les œuvres des demandeurs, en réponse à la demande des utilisatrices et utilisateurs, enfreignent le droit exclusif des demandeurs de communiquer ces œuvres par télécommunication ;
- ii. Les BDP offerts et vendus par les défendeurs, en fournissant une interface facile d'utilisation et une sélection d'applications préinstallées encourageant les utilisatrices et utilisateurs à demander la lecture de contenu non autorisé et à y avoir accès, permettent une violation substantielle des droits d'auteurs des demandeurs. Il y a influence des défendeurs, car sans leur intervention, la violation des droits n'aurait pas eu lieu ; et
- iii. Considérant la preuve présentée en lien avec l'activité des défendeurs ainsi que leur mépris total des procédures, la juge infère que ces derniers savaient que leurs activités se solderaient par une violation des droits des demandeurs.

33. *Hansan International Inc. c. Whirley Industries Inc.*, 2002 CFPI 1045, par. 17 (protonotaire Morneau).

34. *MacLennan c. Produits Gilbert Inc.*, 2006 CAF 204, par. 22 (j. Noël).

ii) *La responsabilité personnelle de Raheel Rafiq*

Appliquant les principes dégagés par la jurisprudence³⁵, la Cour retient la responsabilité personnelle de l'unique administrateur d'Ottawa Tek Inc. En effet, à la lumière de la preuve, la juge conclut que M. Rafiq a agi de manière volontaire et consciente dans la vente des boîtiers dont l'utilisation était susceptible de constituer une violation de droits d'auteur : « [TRADUCTION LIBRE] L'industrie elle-même était construite sur le concept de fournir l'accès à bas prix ou gratuitement à de la programmation télévisuelle par la violation massive de droits d'auteur. »³⁶

3. *L'infraction à la Loi sur la radiocommunication*

La LR élève au rang d'infraction le fait d'offrir ou de mettre en vente tout équipement ou dispositif utilisé ou destiné à être utilisé pour décoder un signal chiffré de programmation par abonnement ou un flux chiffré de réseau sans l'autorisation du distributeur légitime du signal ou du flux, ou pour faire fonctionner un appareil radio afin de recevoir des signaux ou des flux chiffrés qui ont été décodés sans autorisation³⁷. La Cour conclut que les BDP des défendeurs constituent de tels dispositifs ouvrant le recours civil disponible aux titulaires de droits d'auteur (ici, les Médias demandeurs) et aux distributeurs autorisés (ici, les Distributeurs demandeurs) et pour lequel la Cour fédérale a compétence³⁸.

C- Les recours et mesures de réparation

1. *Les déclarations*

Reflétant la confirmation de l'ensemble des allégations des demandeurs, la Cour fait les déclarations suivantes :

- Les demandeurs ont le droit exclusif de communiquer les œuvres par télécommunication, que ce soit par Internet, diffusion télé, *streaming* ou vidéo sur demande³⁹ ;

35. *Mentmore Manufacturing Co., Ltd. et al. v. National Merchandising Manufacturing Co. Inc. et al.*, (1978) 89 D.L.R. (3d) 195 (j. Le Dain).

36. *Bell Canada FC 2021*, préc. note 1, par. 81.

37. Art. 9(1)(c), 9(1)(d) et 10(1)(b) LR.

38. Art. 18(1)(a), 18(1)(b) et 18(4) LR.

39. Art. 5(1)(b)(i), 13(6)(7) et art. 3(1)(f) LDA.

- Par leurs activités (promotion, mise en vente et vente de BDP permettant aux utilisatrices et utilisateurs d'accéder aux œuvres par télécommunication au lieu et moment de leur choix), les défendeurs ont enfreint les droits d'auteur des demandeurs⁴⁰ ;
- Par leurs actions, les défendeurs ont autorisé illégalement la communication des œuvres des demandeurs par télécommunications⁴¹ ;
- Par leurs actions, les défendeurs ont incité les utilisatrices et utilisateurs à enfreindre les droits d'auteur des demandeurs.
- Par leurs actions, les défendeurs ont distribué, offert, vendu, exploité et possédé des dispositifs utilisés ou destinés à l'être pour
 - décoder un signal chiffré de programmation par abonnement ou un flux chiffré de réseau sans l'autorisation du distributeur légitime ; ou
 - faire fonctionner un appareil radio afin de recevoir des signaux ou des flux chiffrés qui ont été décodés, et ce, sans autorisation⁴².

2. L'injonction

La violation du droit d'auteur ayant été établie, les demandeurs ont droit à une injonction afin de limiter les infractions futures⁴³. Ce faisant, la juge rend une ordonnance interdisant aux défendeurs, y compris leurs actionnaires, dirigeants, officiers, employés, représentants et agents, de poser directement ou indirectement les gestes suivants ou de le faire par le truchement d'une compagnie, d'un partenaire, d'un fond, d'une entité ou d'une personne sous leur autorité ou contrôle, associée ou affiliée :

- Fabriquer, importer, distribuer, louer, mettre en vente, vendre, installer, modifier, exploiter ou avoir en sa possession

40. Art. 3(1)(f), 13(7), 2(4.1) et 27(1) LDA.

41. Art. 3(1) et 27(1) LDA.

42. Art. 9(1)(c)(d) et 10(1)(b) LDA.

43. *Trimble Solutions Corporation c. Quantum Dynamics Inc.*, 2021 CF 63, par. 66.1 (j. Pentney).

des BPD qui sont utilisés ou destinés à être utilisés pour recevoir les signaux de programmation par abonnement des demandeurs après qu'ils ont été décodés autrement que conformément à une autorisation des demandeurs ;

- Autoriser ou inciter quiconque à commettre des actes de violation du droit d'auteur des demandeurs, notamment en configurant, en faisant la promotion, en offrant à la vente ou en vendant des BDP ; et
- Promouvoir, mettre en vente ou vendre des abonnements à des services tiers ou à d'autres fournisseurs qui diffusent sur Internet des retransmissions non autorisées des signaux de programmation par abonnement des demandeurs pour les œuvres de ces derniers.

3. Les dommages

i) Les dommages préétablis

Dans un premier temps, il faut noter que si les demandeurs se sont limités à réclamer des dommages préétablis en vertu de la LDA, il leur aurait été possible de réclamer aussi des dommages en vertu de la LR⁴⁴.

La Cour se fonde sur plusieurs facteurs afin d'estimer la hauteur des dommages préétablis, qui peuvent se situer entre 500 \$ et 20 000 \$ par œuvre⁴⁵. En effet, dans le calcul des dommages, chaque cas est un cas d'espèce, et plusieurs circonstances pertinentes doivent être considérées afin d'en arriver à un résultat juste⁴⁶.

Se référant à l'un de ses jugements datant de 2020⁴⁷, la juge Fuhrer a notamment considéré que :

- le fait que la violation soit rendue possible par l'usage des technologies constitue un impératif d'autant plus grand de dissuader de futures infractions ; et

44. Art. 18(6) LR.

45. Art 38.1 LDA.

46. *Rallysport Direct LLC c. 2424508 Ontario Ltd.*, 2020 CF 794, par. 6 (j. Fuhrer) (ci-après « *Rallysport Direct* »).

47. *Id.*, par. 6-13.

- le montant total accordé peut être revu à la baisse si la totalisation des montants individuels résulterait en une somme démesurément disproportionnée.

À cela s'ajoutent les éléments énumérés à la LDA, soit la bonne ou la mauvaise foi du défendeur, la conduite des parties avant et au cours des procédures ainsi que la nécessité de dissuader des infractions futures⁴⁸.

La mauvaise foi des défendeurs est aisément établie par la Cour. Effectivement, ces derniers ont sciemment et délibérément autorisé la violation des droits des demandeurs et incité à celle-ci au mépris des procédures de la Cour. Leurs activités ont causé et continuent de causer des préjudices sérieux et durables aux demandeurs. Au regard de la quantité considérable d'œuvres en jeu et de l'incitatif majeur pour les utilisatrices et utilisateurs que le bas prix et l'offre incommensurable constituent, on ne peut que raisonnablement conclure que les défendeurs savaient ou devaient savoir que leurs activités étaient préjudiciables aux demandeurs.

Quant à la conduite des parties, la Cour note que les demandeurs ont mobilisé d'importantes ressources afin de faire valoir leurs droits, le tout resté sans réponse des défendeurs. Ces importantes ressources découlent d'un contexte particulier, l'affaire ayant impliqué jusqu'à 175 défendeurs et au minimum 2 930 œuvres des demandeurs. C'est ce contexte qui a fait pencher la balance en faveur des demandeurs concernant le facteur de dissuasion.

En dépit des circonstances énoncées ci-dessus, la Cour abaisse le montant de 20 000 \$ par œuvre proposé par les demandeurs à 10 000 \$ suivant le principe de proportionnalité. Pour ce faire, elle s'appuie sur des montants obtenus par le passé dans des procédures semblables⁴⁹, sur le fait que les demandeurs admettent de leur propre chef que la baisse des abonnements n'est due que partiellement au piratage et sur le fait que ces derniers comptent entamer des procédures analogues à l'encontre d'autres défendeurs. Un montant total de 29 300 000 \$, avec intérêts⁵⁰, est donc fixé pour ce qui est des dommages préétablis.

48. Art. 38.1(5) LDA.

49. *Nintendo of America Inc. c. King*, 2017 CF 246 (j. Campbell) ; *Thomas c. Afterlife Network Inc.*, 2019 CF 545 (j. Kane).

50. Art. 36(4) LDA.

ii) Les dommages punitifs et les frais

Enfin, conformément au paragraphe 38.1(7) LDA et s'agissant d'une situation exceptionnelle⁵¹, la juge Fuhrer condamne les défendeurs à 300 000 \$ en dommages punitifs. Les frais de justice sont aussi accordés en partie⁵².

IV- RÉFLEXION ET CONCLUSION

D'emblée, il convient de noter que la décision *Bell Canada FC 2021* soulève des enjeux particulièrement intéressants. D'abord, parce qu'elle condamne sans équivoque la commercialisation des BDP en imposant des dommages de taille aux défendeurs. Ensuite, parce que, pour conclure à la violation des droits d'auteur et justifier ces dommages colossaux, la Cour ne passe pas par la classique infraction de reproduction, mais par les infractions de mise à la disposition du public sans l'autorisation des titulaires de droits, d'autorisation de communiquer au public sans l'autorisation préalable des titulaires de droits et, de manière encore plus surprenante, par l'incitation à la violation de droits d'auteur.

Si les deux premières causes d'action sont codifiées à la LDA en tant qu'infractions au droit d'auteur, ce n'est pas le cas de la troisième, qui est un motif de common law emprunté aux droits des dessins industriels et des brevets. Or, une jurisprudence assez constante établit que le droit d'auteur est un droit statutaire dont les infractions et recours relèvent exclusivement de la LDA⁵³. Il y a alors lieu de se poser la question de la viabilité de cette importation en droit d'auteur.

Or, il est intéressant de mentionner qu'il ne s'agit pas de la première entorse à l'hégémonie de la LDA. Au printemps dernier, la Cour d'appel fédérale a en effet confirmé la validité d'une ordonnance de blocage dans la décision *Teksavvy Solutions Inc. v. Bell Media Inc.*⁵⁴ malgré l'absence d'une telle mesure de réparation à la LDA

51. *Bauer Hockey Corp c. Sport Masko Inc. (Reebok-CCM Hockey)*, 2014 CAF 158, par. 26 (j. Mainville) ; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, par. 94 (j. Finaison).

52. Art. 440 RCF.

53. *Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc.*, 2019 CSC 43, par. 40 (j. Abella) ; *SOCAN c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, préc. note 25, par. 82 ; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, par. 5 (j. McLachlin) ; *CCH Canadienne*, préc. note 31, par. 9.

54. *Teksavvy Solutions Inc. v. Bell Media Inc.*, 2021 FCA 100 (j. Locke) (ci-après « *Teksavvy* »).

(importation d'autres pays anglo-saxons : Royaume-Uni, États-Unis, Australie, etc.). Il importe de rappeler qu'une ordonnance de blocage est une ordonnance exigeant d'un fournisseur de service Internet tierce partie, qui n'est pas accusé d'aucun geste fautif, de bloquer l'accès à certaines adresses IP coupables de violation de droits d'auteur. Le juge Locke, en s'appuyant sur la jurisprudence, conclut que les Cours ont, par le passé, recouru à des mesures de réparation hors LDA dans des affaires de droit d'auteur, que ce soit par le biais d'injonctions de type *Norwich* ou *Mareva*, de dommages punitifs ou de jugements déclaratoires⁵⁵. Cela étant, il faut nuancer que dans ces cas spécifiques, la Cour fédérale s'est appuyée sur sa compétence en *equity* pour justifier son habileté à accorder des mesures de réparation « selon les modalités qu'elle juge équitables »⁵⁶.

En l'espèce, on ne parle pas de la création d'une nouvelle mesure de réparation comme dans la décision *Teksavvy*, mais de la création d'une infraction indirecte au droit d'auteur. Deux violations indirectes sont actuellement codifiées à la LDA, soit l'autorisation illégitime d'un droit exclusif⁵⁷ et la violation à une étape ultérieure⁵⁸. Il resterait donc à déterminer si la Cour fédérale était habilitée à importer ce principe de common law dans l'univers du droit d'auteur, qui en est un essentiellement statutaire. Il convient en outre de souligner que s'agissant d'un jugement par défaut, la juge Fuhrer n'a ici entendu l'argumentation que d'un seul côté de la médaille. L'issue de la décision aurait peut-être été différente si l'argumentaire des demandeurs avait été mis plus rudement à l'épreuve par un adversaire proactif.

Toutes choses étant égales par ailleurs, on note ici surtout un indice évident que la LDA accuse un retard problématique : l'essor technologique défie effrontément le cadre lent et rigide qu'est celui du droit. En effet, la dernière réforme en matière de droit d'auteur remonte à presque une décennie, autant dire une éternité sur le plan de l'innovation. L'intention était pourtant là en 2012, lorsque le législateur prévoyait un examen quinquennal de la LDA. En attendant, la question subsiste : faute d'une réforme, va-t-on laisser aux tribunaux la prérogative d'adapter le droit afin de combler les lacunes en matière de protection des titulaires de droits d'auteur ?

55. *Id.* ; *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73 (j. McLachlin) ; *CCH Canadienne*, préc. note 31.

56. Art. 4 et 44 RCF.

57. Art. 3(1) et 27(1) LDA.

58. Art. 27(2) LDA.