

Vol. 25, n° 2

Ce que les défendeurs vous diront

Daniel S. Drapeau*

Excuse n° 10 : La preuve que vous avez contre moi est périmée	643
Excuse n° 9 : J'ai plusieurs points de vente, mais ils font tous partie d'une seule et même entreprise. . . .	644
Excuse n° 8 : Je n'ai pas les moyens de me payer un avocat (mais j'en ai assez pour avoir une compagnie...).	644
Excuse n° 7 : Mon nouveau procureur a besoin de plus de temps	646
Excuse n° 6 : Vous devez plaider dans ma langue.	646
Excuse n° 5 : Vous perdez votre temps, parce que....	648
Excuse n° 4 : Le demandeur n'a subi aucun dommage	649
Excuse n° 3 : Le demandeur n'a pas droit à grand-chose parce que...	650
Excuse n° 2 : Je n'ai plus les exemplaires contrefaits.... . . .	653
Excuse n° 1 : J'étais de bonne foi.	653

© Daniel S. Drapeau, 2013.

* Avocat et agent de marques de commerce chez DrapeauLex Inc.

Il n'y a pas que les professeurs qui soient en mesure de vous offrir de savoureuses perles tirées de leur pratique. Inspiré par Jean-Charles¹, votre tout dévoué collectionne, depuis quelques années, les excuses les plus ingénieuses servies par des défenseurs créatifs.

Au-delà du classique « achetez nos produits de style (MARQUE CONNUE) », qu'on peut retrouver sur le marché, l'audace de certains les a amenés aux portes de la Cour fédérale du Canada, qui a ainsi eu l'occasion de se prononcer sur certaines de celles-ci.

Allons-y donc pour un petit topo sur les dix excuses les plus fréquemment rencontrées, et les répliques que la Loi et la jurisprudence offrent au praticien.

Excuse n° 10 : La preuve que vous avez contre moi est périmée

Avant d'intenter une action en justice, le demandeur aura préservé la preuve des agissements du défendeur. Ce dernier soulèvera peut-être que celle-ci est périmée. Or, la *Loi sur les Cours fédérales*² prévoit que la prescription est régie par la loi de la province où le fait générateur est survenu. Au Québec, celle-ci est de trois ans³ alors qu'en Ontario⁴ et en Colombie-Britannique⁵, elle est de deux.

1. JEAN-CHARLES, *La Foire aux cancrs*, (Paris : Calmann-Lévy, 1962).
2. *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 39(1) :
« Sauf disposition contraire d'une autre loi, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent à toute instance devant la Cour d'appel fédérale ou la Cour fédérale dont le fait générateur est survenu dans cette province. »
3. L'article 2925 du *Code civil du Québec* énonce que :
« L'action qui tend à faire valoir un droit personnel ou un droit réel mobilier et dont le délai de prescription n'est pas autrement fixé se prescrit par trois ans. »
4. L'article 4 de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, 2002, S.O. 2002, c. 24, Sch. B énonce :
« Sauf disposition contraire de la présente loi, aucune instance relative à une réclamation ne peut être introduite après le deuxième anniversaire du jour où sont découverts les faits qui ont donné naissance à la réclamation. »
5. L'alinéa 3(2)(a) du *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, Chapter 266 énonce que :

Excuse n° 9 : J'ai plusieurs points de vente, mais ils font tous partie d'une seule et même entreprise

Il se peut qu'un défendeur opère à partir de plusieurs points de vente. Dans *Gianni Versace SpA c. V.K. Design cob Laco Sac*⁶, la Cour a rejeté l'argument du défendeur à l'effet que ses nombreux magasins constituaient une seule entreprise et a multiplié le montant des dommages accordés par le nombre de magasins où le défendeur avait vendu des contrefaçons. Ce principe a d'ailleurs été appliqué dans *Louis Vuitton Malletier S.A. c. Lin Pi-Chu Yang*⁷, où une condamnation monétaire de plus de 250 000 \$ a été imposée. Plus récemment, dans l'affaire *Louis Vuitton Malletier S.A. c. Singga Entreprises (Canada) Inc.*⁸, la fréquence de renouvellement des stocks du défendeur a été admise comme facteur de multiplication.

Excuse n° 8 : Je n'ai pas les moyens de me payer un avocat (mais j'en ai assez pour avoir une compagnie...)

Hormis des circonstances particulières, la règle 120 des *Règles des Cours fédérales*⁹ prévoit qu'une société doit être représentée par avocat. La circonstance « particulière » la plus fréquemment invoquée ? Vous l'avez devinée, l'indigence du défendeur, bien sûr. A beau prétendre qui vient de loin, le défendeur corporatif aurait avantage à mettre en preuve non seulement l'indigence de la société¹⁰, mais également celle de son actionnaire principal¹¹.

« After the expiration of 2 years after the date on which the right to do so arose a person may not bring any of the following actions :

(a) subject to subsection (4) (k), for damages in respect of injury to person or property, including economic loss arising from the injury, whether based on contract, tort or statutory duty ; »

6. Dossier de la Cour T-1575-01, 10 décembre 2001, le juge Blais.

7. 2007 CF 1179 (C.F.), la juge Snider.

8. 2011 CF 776, au paragraphe 140, le juge Russel.

9. Cette règle prévoit :

« Une personne morale, une société de personnes ou une association sans personnalité morale se fait représenter par un avocat dans toute instance, à moins que la Cour, à cause de circonstances particulières, ne l'autorise à se faire représenter par un de ses dirigeants, associés ou membres, selon le cas. »

10. *Wic Premium Television Ltd. c. Levin*, (2001) 211 F.T.R. 201 (C.F.P.I.) (C.F.) la juge Heneghan, au paragraphe 18 :

« [...] Je ne suis saisie d'aucun élément de preuve indiquant que lesdites sociétés sont incapables d'obtenir les services juridiques nécessaires en raison de leur indigence. Il incombe aux sociétés défenderesses de prouver cette situation si c'est là la raison pour laquelle elles n'ont pas désigné de conseiller juridique. Les sociétés défenderesses n'ont pas réussi à se décharger du fardeau de la preuve qu'elles avaient à cet égard. »

11. *Source Services Corp. c. Source Personnel Inc.*, (1995) 105 F.T.R. 42 (C.F.P.I.), le juge Rouleau au paragraphe 17. Dans cette affaire où les états financiers déposés

Qui plus est, il n'y a pas que l'indigence qui compte dans la détermination des circonstances particulières permettant à une société d'être dispensée des services d'un procureur. En effet, la Cour a rappelé qu'on doit également tenir compte d'autres facteurs, dont :

- La possibilité que la personne qui représente la société compare à titre de témoin.

Dans les affaires *Kobetek Systems Ltd. c. R.*¹² et *Wic Premium Television Ltd. c. Levin*¹³, les requêtes des défendeurs corporatifs pour permission d'être représentés par des non-avocats ont été rejetées au motif que lesdits représentants avaient déjà déposé des affidavits au dossier de la Cour.

- Le bon déroulement de l'instance

En refusant à un défendeur corporatif la permission d'être représenté par un de ses dirigeants, la Cour a déjà mentionné que la présence d'un procureur améliorera certainement le déroulement d'une instance : *Canada (Ministre du Revenu national) c. 2786885 Canada Inc.*¹⁴.

Il peut également arriver qu'une société et un particulier se retrouvent comme co-défendeurs. Pourquoi ne pas faire d'une pierre deux coups, économiser sur les frais d'avocats et faire représenter la première par le deuxième ? Tentation à laquelle a succombé ce brave couple dans l'affaire *D & A's Pet Food N' Moore Ltd. c. Mr. P's & Mr. Pets Ltd. and Greg Penno*¹⁵. Espoir déçu : la Cour a refusé à Monsieur la permission de représenter la société défenderesse, dont l'unique actionnaire était Madame, au motif qu'il n'était pas officier de celle-ci et qu'aucune circonstance particulière n'avait été démontrée.

en preuve par le défendeur ont été jugés insuffisants pour établir son impécuniosité, la Cour a également noté l'absence de preuve concernant l'impécuniosité de l'actionnaire principal du défendeur en rejetant sa requête en vertu de la Règle 120 :

« La défenderesse doit avoir fait la preuve non seulement que la personne morale est impécunieuse, mais que son principal actionnaire l'est également. En ce qui concerne l'impécuniosité de la personne morale, le bilan abrégé en question ne donne pas suffisamment de détails sur la situation financière de la personne morale et ne saurait être invoqué pour arriver à la conclusion que les services d'un avocat ne pouvaient pas être retenus. [...] Aucun élément de preuve n'a été produit au sujet de l'impécuniosité des actionnaires de la personne morale. »

12. (1998) 1 C.T.C. 308 au paragraphe 7 (C.F.P.I.) le juge Muldoon.

13. (2001) 211 F.T.R. 201 au paragraphe 15 (C.F.P.I.) la juge Heneghan.

14. (1998) 98 D.T.C. 6266 (C.F.P.I.) le protonotaire Morneau au paragraphe 4.

15. 2005 CF 1370 (C.F.) le juge Harrington.

Excuse n° 7 : Mon nouveau procureur a besoin de plus de temps

Si cette excuse peut, à première vue, paraître raisonnable, lisez attentivement la décision dans l'affaire *General Motors Corp. c. Diabco Internationale Inc.*¹⁶, où la Cour mentionne :

En faisant abstraction du fait que la requête n'est appuyée que par l'affidavit d'un avocat – sans toutefois excuser cette omission –, je vais rejeter la requête pour deux motifs :

a) Le fait qu'un avocat n'est intervenu que récemment au dossier alors que rien ne prouve ou même n'indique que l'avocat précédent s'est mal conduit ne justifie pas de reporter l'instruction d'une requête en jugement sommaire qui, lors de la conférence du 14 décembre 2006 relative à la gestion de l'instance, accusait déjà un retard de onze mois. Le client qui change d'avocat doit remettre le dossier à son nouvel avocat, qui doit accepter le dossier dans l'état où il se trouve alors. Un changement d'avocat justifie rarement, voire jamais, de retarder le déroulement d'un procès.[...]

Excuse n° 6 : Vous devez plaider dans ma langue

Quelle chance que de vivre dans un pays dont le bilinguisme est constitutionnellement enchâssé¹⁷ ; on peut s'adresser à la Cour fédérale, en français ou en anglais, dicit la règle 68(2) des *Règles des Cours fédérales*¹⁸.

16. 2007 A.C.F. 554 (C.F.) le juge Hugessen au paragraphe 3(a).

17. L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* énonce que :

« Dans les chambres du parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif ; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire ; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité de la présente loi, et par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues.

Les lois du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues. »

Article 19(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* énonce que :

« Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par le Parlement et dans tous les actes de procédure qui en découlent. »

18. La règle 68(2) des *Règles des Cours fédérales* énonce que :

« Les actes de procédure, les mémoires exposant les faits et le droit et les prétentions écrites relatives aux requêtes doivent être en français ou en anglais. »

Si tant est qu'il soit nécessaire de rappeler ce droit fondamental, le plaideur trouvera ce dont il a besoin pour encourager la partie adverse au bilinguisme dans l'affaire *Chanel S. de R.L. c. Genève Accessoires Inc.*¹⁹, où la Cour mentionne :

Contrairement à la prétention des défendeurs, Chanel a le droit de choisir de s'exprimer en français ou en anglais devant cette Cour. Dans l'arrêt *Lavigne c. Canada (Développement des ressources humaines)*, [1995] A.C.F. n° 737 (QL), le juge Noël au para. 15, a déclaré :

Je ne puis trouver aucun fondement juridique permettant de soutenir que Sa Majesté ou une institution fédérale est tenue de fournir à une partie une traduction des affidavits faits sous serment par ses témoins, lorsque l'affidavit en question est rédigé dans la langue officielle autre que celle qui a été choisie par la partie en question. Dans la mesure où cette obligation découle de la Constitution, de la Charte ou de la Loi sur les langues officielles, elle doit être tirée d'une garantie inscrite dans la Constitution ou du libellé de la Loi. Tel qu'il est mentionné plus haut, la garantie constitutionnelle liée à l'emploi de l'une ou l'autre des langues officielles dans les poursuites judiciaires concerne celui qui rédige les plaidoiries écrites et non celui qui les lit. Il n'existe donc aucun droit constitutionnel permettant à une partie d'exiger les affidavits produits par la partie adverse dans la langue officielle qu'elle a choisie ; en conséquence, le gouvernement n'est nullement tenu de fournir une traduction.

De plus, dans la même affaire, *Lavigne c. Canada (Développement des ressources humaines)*, [1995] A.C.F. n° 1629 (QL), le juge Richard a souligné que la Loi sur les langues officielles et les Règles n'obligent pas la Cour à fournir une traduction, dans l'une ou l'autre des langues officielles, des documents (comme des affidavits) utilisés devant la Cour :

Les défendeurs n'ont donc pas le droit de recevoir des copies des affidavits de la partie demanderesse en français. D'autre part, je rejette également l'argument des défendeurs à l'effet que le jugement original serait un document illégal selon l'article 20 de la *Loi sur les langues officielles*. Je note d'ailleurs que le jugement par défaut a depuis été traduit en français. Il ne semble

19. 2008 CF 87 (C.F.) le juge Martineau aux paragraphes 12-13.

pas non plus y avoir d'accroc aux règles de justice naturelle. En effet, je note que certaines lettres de M. Sebag à Chanel et à cette Cour sont rédigées en anglais. D'ailleurs, les factures émises par Sun Jewelry & Art Inc. de Miami, Floride pour les bijoux des marques de commerce CHANEL sont en anglais. Je note également que même si M. Sebag a une instruction scolaire très limitée, il est capable de comprendre la nature des procédures en l'espèce. M. Sebag n'est pas une partie mal informée. Il agit au nom d'entreprises dont il est le président et l'actionnaire principal. Il a pu lire la correspondance de Chanel et écrire à cette Cour.

**Excuse n° 5 : Vous perdez votre temps, parce que :
(cochez la case appropriée)**

je n'ai pas d'argent

j'ai mis mes avoirs à l'abri

Une fois le moment venu de faire face aux conséquences de ses actes, quoi de plus commode que de se prétendre pauvre. Pour ceux tentés par cette excuse facile, rappelons l'affaire *Ragdoll Productions (UK) Ltd. c. Jane Doe*²⁰ où la Cour mentionne que la capacité de payer du défendeur n'est pas un facteur dont il faut tenir compte pour établir les dommages auxquels le demandeur a droit. Ajoutons à ceci que le défaut de s'acquitter d'une condamnation monétaire constitue un outrage au tribunal²¹, passible d'une variété de sanctions prévues à la règle 472 des *Règles des Cours fédérales*²².

20. (2002) 21 C.P.R. (4th) 213 (C.F.P.I.) le juge Pelletier au paragraphe 32. La même règle prévaut en matière de dépens : *Soloski c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 663 (C.F.P.I.) le juge Addy ; confirmé sans commentaire sur ce point [1978] 2 C.F. 632 (C.A.F.) confirmé sans commentaire [1980] 1 R.C.S. 821 ; *Nike Canada Ltd. c. Jane Doe*, (1999) A.C.F. 1018 (C.F.P.I.) le juge Gibson, au paragraphe 11.

21. Règle 466(b) des *Règles des Cours fédérales*.

22. La règle 472 énonce que :

« 472. Lorsqu'une personne est reconnue coupable d'outrage au tribunal, le juge peut ordonner :

- (a) qu'elle soit incarcérée pour une période de moins de cinq ans ou jusqu'à ce qu'elle se conforme à l'ordonnance ;
- (b) qu'elle soit incarcérée pour une période de moins de cinq ans si elle ne se conforme pas à l'ordonnance ;
- (c) qu'elle paie une amende ;
- (d) qu'elle accomplisse un acte ou s'abstienne de l'accomplir ;
- (e) que les biens de la personne soient mis sous séquestre, dans le cas visé à la règle 429 ;
- (f) qu'elle soit condamnée aux dépens. »

Qui plus est, une ordonnance de la Cour fédérale, exécutable en tout temps dans les six ans qui suivent sa reddition, peut être renouvelée, de six ans en six ans²³, de quoi fournir au défendeur impécunieux le temps de renflouer ses coffres.

Excuse n° 4 : Le demandeur n'a subi aucun dommage

On retrouve souvent cette excuse en matière d'anti-contrefaçon ou de piraterie. Après tout, qu'est-ce qu'un petit signal détourné ou un réticule dernier cri ? Eh bien non, la Cour fédérale est bien au fait des dommages occasionnés par ces activités illicites²⁴ :

L'affidavit Penman établit que Nintendo applique des normes de qualité exigeantes à l'égard des marchandises sous licence autorisées exploitant les marques de commerce de Nintendo. Toutefois, l'entreprise ne peut d'aucune façon régir la qualité ou la sécurité des marchandises non autorisées ou contrefaites.

Les consommateurs ayant acheté des marchandises Nintendo contrefaites de piètre qualité trouveront vraisemblablement à redire et, ignorant probablement qu'ils ont affaire à des contrefaçons, se détourneront des marchandises de bonne qualité exploitant légitimement les droits de propriété intellectuelle de Nintendo, au détriment des demanderesses.

Comme, en outre, les marchandises contrefaites ou illégales se vendent généralement moins cher que les produits Nintendo véritables, des consommateurs seront moins portés à acheter ces produits véritables parce qu'ils croiront pouvoir se procurer à meilleur prix des marchandises en apparence « identiques ».

Par conséquent, la vente bon marché de produits contrefaits ou illégaux de qualité inférieure porte atteinte à la réputation qu'a

23. La Règle 437 des *Règles des Cours fédérales* prévoit :
- « 437. (1) Tout bref d'exécution est valide pendant les six ans suivant la date de sa délivrance.
 - (2) Si un bref n'a été exécuté qu'en partie, la Cour peut, sur requête, rendre, avant l'expiration du bref, une ordonnance renouvelant celui-ci pour une période de six ans à la fois.
 - (3) Un bref dont la période de validité a été prolongée en vertu du paragraphe (2) ne peut être exécuté que si l'une des conditions suivantes est respectée :
 - (a) il porte une indication de la date de l'ordonnance de prolongation ;
 - (b) le requérant a signifié une copie certifiée de l'ordonnance au shérif auquel le bref est adressé.
 - (4) Le bref dont la période de validité a été prolongée en vertu du paragraphe (2) produit son effet de façon ininterrompue. »
24. *Viacom Ha ! Holding Co. c. Jane Doe*, (2000) 6 C.P.R. (4th) 36 (C.F.P.I.), la juge Tremblay-Lamer aux paragraphes 53-56.

Nintendo de produire des marchandises de qualité et amoindrit la valeur de l'achalandage attaché à ses droits de propriété intellectuelle ; elle nuit également aux ventes que peuvent réaliser les détaillants honnêtes ayant acquis de bonne foi les marchandises Nintendo autorisées dans le but d'en tirer un juste profit.²⁵

Philosophe, le praticien en propriété intellectuelle s'enorgueillira de ce prononcé percutant, venu tout droit de la Cour provinciale de la Colombie-britannique, repris par la Cour fédérale²⁶ :

C'est du vol. M^e Neeman a raison : parce qu'il s'agit là d'une pratique répandue, certains sont tentés de ne pas la considérer comme du vol proprement dit. Cependant, le principe de la propriété intellectuelle est d'une grande importance dans notre société. La propriété intellectuelle protège en effet la créativité. Elle protège les idées originales et confère des droits sur elles, de manière à récompenser la capacité d'invention et de création de leurs auteurs. Ce principe joue un rôle essentiel dans l'évolution et le progrès de notre société. En effet, ce qui distingue une société avancée ou à niveau de vie élevé des autres sociétés est le degré de pensée originale, de créativité et d'invention qui la caractérise. Il y a ici en jeu un intérêt sociétal qui me paraît de la plus haute importance. À mon avis, ce genre de vol constitue une infraction très grave, plus grave que le vol d'autres objets ou biens, parce qu'il menace l'essence même de ce qui distingue une société avancée et créatrice d'une société qui ne l'est pas.

**Excuse n° 3 : Le demandeur n'a pas droit à grand-chose parce que :
(cochez à volonté, voire même, toutes ces réponses)**

- il n'a droit qu'aux profits qu'il a perdus**
- mes contrefaçons sont peu chères**
- je suis un si petit vendeur**
- j'en ai juste vendu quelques-unes**

25. (2000) 6 C.P.R. (4th) 36(C.F.P.I.), la juge Tremblay-Lamer aux paragraphes 53-56.

26. *Louis Vuitton Malletier S.A. c. Singga Entreprises (Canada) Inc.*, 2011 CF 776 le juge Russel au paragraphe 167.

Ce n'est pas que de la bouche des défendeurs qu'on entend ces prétentions. Leurs procureurs parfois les servent, avec beaucoup de verve. À leur décharge, n'est-il pas vrai qu'à faible prix ou quantité minimale, marge de profit faible ? Quoi de plus logique. C'est cependant ignorer les seuils de dommages dits « compensatoires » ou « symboliques » établis par la Cour fédérale en l'an 2000²⁷, qui ne dépendent ni de la taille du défendeur, ni des quantités d'exemplaires contrefaits vendus, mais plutôt de la nature des opérations de ce dernier, à savoir :

- pour un fabricant ou un distributeur : 24 000 \$ (31 135 \$ en 2013)²⁸
- pour un vendeur avec une adresse fixe : 6 000 \$ (7 783 \$ en 2013)
- pour un vendeur itinérant : 3 000 \$ (3 892 \$ en 2013)

Bien que ces seuils aient été adoptés par la Cour fédérale dans un souci de traitement efficace des dossiers d'anti-contrefaçon, notons que le seuil de 6 000 \$ a déjà été accordé dans une affaire de violation de marque de commerce, à savoir *D. & A.'s Pet Food'n More Ltd. c. Seiveright (c.o.b. Pets 'n' More)*²⁹ :

Bien que l'analogie ne soit pas parfaite, je souscris au raisonnement qu'a suivi le juge Pelletier, maintenant juge à la Cour d'appel fédérale, dans *Ragdoll Productions (U.K.) Limited et al. c. Mme Unetelle et al.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 213. Je fixe les dommages-intérêts à la somme de 6 000 \$, qui m'apparaît appropriée dans le cas d'un magasin de détail fixe. Je prends note des efforts que la défenderesse a déployés en ce qui a trait à la boutique afin de modifier rapidement son affichage, si bien qu'environ un an plus tard, elle n'était plus contrefaite.

27. *Oakley Inc. c. Jane Doe* (2000) 8 C.P.R. (4th) 506 (C.F.P.I.), le juge Pelletier au paragraphe 3 et première note de bas de page.

28. Selon la Banque du Canada (<http://www.banqueducanada.ca/taux/reseignements-complementaires/feuille-de-calcul-de-linflation>). La Cour acceptant par ailleurs que ces montants soient corrigés pour tenir compte de l'inflation : *Vuitton Malletier S.A. c. Lin Pi-Chu Yang*, 2007 CF 1179, la juge Snider au paragraphe 43 ; *Louis Vuitton Malletier S.A. c. Singa Entreprises (Canada) Inc.*, 2011 CF 776, le juge Russel au paragraphe 130.

29. [2006] A.C.F. 243, le juge Lemieux au paragraphe 9.

Le raisonnement qui sous-tend ces seuils laisse peu d'espoir au défendeur qui érige en bouclier sa petite taille ou ses faibles ventes :

À mon avis, la fixation de dommages-intérêts symboliques d'un montant de 6 000 \$, par opposition aux 3 000 \$ fixés dans le cas des vendeurs ambulants, visait à indiquer les conséquences financières plus graves qu'un commerce fixe de détail pourrait avoir pour les demandeurs. Un grand nombre d'entreprises familiales pourraient sans doute être considérées comme des commerces fixes de détail, mais il est également vrai qu'il est beaucoup plus probable que pareils commerces fassent appel à des employés rémunérés qu'un vendeur ambulant. Les dommages-intérêts symboliques qui étaient fixés, dans des cas où des commerces fixes de détail étaient en cause, ne visaient pas à faire varier le montant accordé selon le nombre d'employés.³⁰

Par ailleurs, encore faudrait-il que le défendeur soit en mesure de démontrer, preuve à l'appui, que ses profits sont effectivement en deçà du seuil applicable :

Il est toujours permis au défendeur d'établir l'étendue de son commerce de biens contrefaits et de demander que l'évaluation des dommages-intérêts s'appuie sur les ventes réelles. Cependant, lorsque le vendeur ne tient aucun registre, il ne peut reprocher au demandeur de ne disposer d'aucune preuve de l'étendue du préjudice subi.

[...]

Dans la présente affaire, la Cour est aux prises avec un préjudice pécuniaire. Cela exclut-il le recours au barème des dommages-intérêts établi ? Le fait est que, faute de registres comptables détaillés, les demanderesses ne sauraient faire avec une précision mathématique la preuve des pertes qu'elles ont subies. Il serait déplorable de récompenser la suppression des registres comptables en y voyant un obstacle à l'évaluation du préjudice. Lorsque les pratiques commerciales du défendeur et son omission de produire une défense ont rendu impossible l'évaluation du préjudice, il est plus équitable pour le défendeur d'appliquer le barème établi que d'examiner chaque affaire comme si elle était unique en son genre et de fixer des dommages-intérêts sans se référer à des affaires similaires. La pra-

30. (2000), 199 F.T.R. 35 (C.F.P.I.) au paragraphe 5.

tique actuelle distingue entre le vendeur dans un marché aux puces, le vendeur ambulant, le détaillant établi à demeure et le fabricant et le distributeur et, dans cette mesure, les cas apparentés sont réglés semblablement. Une gradation plus précise peut être envisagée par la Cour au besoin.³¹

**Excuse n° 2 : Je n'ai plus les exemplaires contrefaits :
(cochez la case appropriée)**

je les ai détruits

mon fournisseur les a repris

Quel bon moyen pour un défendeur d'empirer son sort, déjà peu enviable. Rappelons que, face à une partie qui escamote une preuve, la Cour a le loisir de tirer une conclusion défavorable à son encontre³².

Et on termine avec l'excuse tout-aller :

Excuse n° 1 : J'étais de bonne foi

Pour éviter la déconfiture, invoquons la bonne foi ! Après tout, qu'y a-t-il à perdre ? Du moins en matière de marques de commerce, il y a peu à gagner. En effet, même dûment prouvée, la bonne foi ne constitue pas une défense valable à la violation de marque de commerce³³.

Pour ceux qui sont tentés d'invoquer au soutien de leur bonne foi les dires d'un tiers, du type « mon fournisseur m'a assuré que mes contrefaçons étaient authentiques » : ce chemin a déjà été parcouru,

31. *Ragdoll Productions (UK) Ltd. c. Jane Doe*, (2002) 21 C.P.R. (4th) 213 (C.F.P.I.), le juge Pelletier aux paragraphes 37 et 48.

32. *Anton Piller K.G. c. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 All E.R. 779 (C.A. Angl.), les juges Denning, Ormrod et Shaw au paragraphe 784 ; *Adobe Systems Inc. c. KLeJ Computer Solutions Inc.*, [1999] 3 C.F. 621 (C.F.P.I.), le juge Richard au paragraphe 33 :

L'ordonnance n'est cependant pas un mandat de perquisition autorisant un demandeur à pénétrer dans les locaux du défendeur contre son gré, mais une ordonnance adressée au défendeur in personam pour qu'il autorise l'entrée du demandeur, sous peine de poursuites pour outrage au tribunal et au risque que des conclusions défavorables soient tirées contre lui au procès.

33. *Henkel Kommanditgesellschaft Auf Aktien c. Super Dragon Import Export Inc.*, (1984) 2 C.P.R. (3d) 361 (C.F.P.I.), le juge Walsh aux pages 368 et 375 [confirmé (1986) 12 C.P.R. (3d) 110 (C.A.F.)] ; *Parfums Christian Dior, S.A. c. Di Iorio*, (1980) 53 C.P.R. (2d) 145 (C.F.P.I.), le juge Walsh au paragraphe 10.

avec peu de succès. Dans l'affaire *Microsoft Corporation c. 9038-3746 Québec Inc.*³⁴, la Cour en a conclu que le défendeur, qui n'avait rien fait pour vérifier les dires de son fournisseur, avait fait preuve d'ignorance volontaire. En d'autres mots « il n'est pas suffisant pour cette personne de fermer les yeux devant des faits qui auraient été évidents si elle avait gardé les yeux ouverts », comme l'a mentionné la Ontario High Court of Justice, dès 1975³⁵.

Et voilà, pour le palmarès des perles servies en défense.

34. 2006 FC 1509, le juge Harrington aux paragraphes 78, 84 et 84(a).

35. *Simon & Schuster Inc. c. Coles Book Stores Ltd.*, (1975) 23 C.P.R. (2d) 43 (H.C.J. d'Ont.), le juge Weatherston au paragraphe 45.