

Vol. 24, n° 2

Cinq décisions notables en droit d'auteur en 2011

René Pepin*

INTRODUCTION	419
1. L'affaire <i>Cinar</i>	420
2. L'affaire <i>Shaw Cablesystems</i>	424
3. L'affaire <i>Harmony Consulting</i>	427
4. L'affaire <i>Ré:Sonne</i>	430
5. L'affaire <i>Century 21 Canada</i>	432

© René Pepin, 2012.

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

INTRODUCTION

L'année 2011 ne passera pas à l'histoire pour avoir été une année de très grand cru en matière de droit d'auteur. Mais c'est un peu inévitable. La Cour suprême du Canada, à l'instar de celle des États-Unis, estime qu'il y a un tribunal d'appel spécialisé en matière de propriété intellectuelle, de sorte qu'elle n'intervient que dans des circonstances spéciales. Il peut s'agir d'une question en jeu considérée d'une très grande importance juridique, ou qu'il y ait confusion ou hésitations dans les décisions des tribunaux inférieurs sur un sujet donné. On ne doit donc pas s'attendre à voir à chaque année des décisions comme dans l'affaire opposant les grandes maisons d'édition canadiennes au barreau ontarien¹, où la Cour suprême a eu l'occasion de se prononcer sur deux des notions les plus importantes en matière de droit d'auteur, l'originalité et l'autorisation. Dans l'affaire *Théberge*, la Cour s'est penchée sur la notion de reproduction².

L'année 2011 n'en a pas été une de disette pour autant. Il ne manque pas de décisions importantes et intéressantes pour toute personne qui s'intéresse au domaine du droit d'auteur.

Nous pensons que les cinq suivantes sont notables. Il y a évidemment eu la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Cinar*, qui était fort attendue. Elle mérite notre attention, car elle contient des motifs élaborés. Elle ne se contente pas d'accepter ou d'infirmer en bloc ce qui avait été dit par la Cour supérieure.

La Cour fédérale d'appel, pour sa part, a eu l'occasion de se pencher sur un certain nombre de cas. Ainsi dans l'affaire *Shaw Cablesystems* s'est posé la question de savoir si la transmission en continu, appelée couramment « streaming », est visée par l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*. La décision était très importante, car elle concerne tout ce qui est accessible sur un réseau

1. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 334.

2. *Théberge c. Galerie d'art du Petit Champlain*, [2002] 2 R.C.S. 336.

comme You Tube, dont le contenu est protégé par la loi. Elle vise aussi les internautes qui veulent écouter de la musique au moyen de leur ordinateur, sans faire de copie de la pièce écoutée.

La Cour fédérale, quant à elle, s'est penchée, dans l'affaire *Harmony Consulting*, sur le droit d'auteur de logiciels. Une compagnie de camionnage avait requis les services d'un informaticien pour élaborer un logiciel destiné à la gestion de l'entreprise. Mais les relations entre les parties ont dégénéré, et s'est posée la question de la détention du droit d'auteur sur le logiciel. La question était difficile. Il a fallu déterminer s'il y avait eu licence ou cession de droits d'auteur.

L'affaire *Re :Sound*, mérite aussi l'attention, bien que la décision de la Cour fédérale d'appel soit courte. C'était une tentative de la part d'artistes-interprètes dans le domaine de la musique pour obtenir des redevances spécifiques pour leurs prestations incorporées dans un film, malgré des dispositions contraires prévues dans la *Loi sur le droit d'auteur* sur le sujet.

Enfin, dans la décision *Century 21*, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, la compagnie de courtage immobilier s'est plaint du fait qu'une autre firme plagiait allègrement son site Internet, lui faisant une concurrence déloyale, et violait ses droits d'auteur sur les photos et sur le texte décrivant chaque propriété. L'affaire retient l'attention, car c'est une des rares décisions qui se soit penchée sur la valeur juridique des différentes formes de consentement à l'utilisation d'un site Internet. On pense ici aux modèles appelés selon le cas « shrinkwrap », « clickwrap » et « browse wrap ».

1. L'affaire *Cinar*

À tout seigneur, tout honneur. La décision la plus notable est probablement l'affaire *Cinar*, qui a été rendue en juillet dernier³ par la Cour d'appel du Québec. Le jugement en première instance date de 2009. Cette affaire a été tellement médiatisée que l'on peut s'exempter d'en rappeler les faits. Cependant, lorsque la décision en appel a été connue, les grands médias se sont contentés de rapporter que la décision de la Cour supérieure a été confirmée, mais que pour d'obscures raisons le quantum des dommages-intérêts a été réduit. La décision de la Cour d'appel mérite un meilleur traitement. Elle ne bouleverse pas l'état du droit d'auteur sur les questions en jeu, mais

3. *France animation, s.a. c. Robinson*, 2011 QCCA 1361.

il vaut la peine de voir les positions qu'elle a prises sur l'une ou l'autre des nombreuses questions qui y ont été examinées.

Ainsi, l'une de ces questions était de savoir ce qui peut être examiné par le tribunal pour déterminer si une œuvre est suffisamment originale. Cinar, la compagnie fondée par Ronald Weinberg et feu Micheline Charest, prétendait que la Cour ne devait pas tenir compte de documents non achevés faits par Claude Robinson, tels que les scénarios, synopsis, descriptions du caractère des personnages, dessins et bandes dessinées. Il n'aurait fallu considérer que les documents préparés ayant un caractère plus définitif, seulement ceux soumis à des organismes subventionnaires ou à des producteurs ou réalisateurs dans l'espoir de les intéresser au projet. Sur ce point, le tribunal a rappelé que la qualification d'une œuvre et la détermination de son caractère original constituent des questions mixtes de droit et de fait. Les appelants devaient donc montrer l'existence d'une erreur importante de la part du juge de première instance pour que la Cour intervienne. Ce qui n'était pas le cas. Celui-ci a correctement déterminé que l'œuvre en cause était constituée d'un grand nombre d'éléments, littéraires et artistiques, qui résultent de la combinaison de l'effort, du talent et du jugement de M. Robinson⁴. Ses idées ont été exprimées et incarnées sous une forme littéraire ou artistique. L'œuvre est donc protégée en vertu de la loi. Cependant, le fait qu'un projet ne soit pas mené à terme a une certaine pertinence, et doit être pris en considération dans la qualification de l'œuvre.

Un autre reproche adressé par les appelants au juge de première instance était qu'il n'avait pas défini correctement l'œuvre originale, en ce sens qu'il aurait dû dégager la substance de l'œuvre aux fins de déterminer s'il y a eu contrefaçon par la reproduction d'une partie substantielle de celle-ci. Selon la Cour d'appel, le juge Auclair, en première instance, n'a pas commis d'erreur. Car ce n'est pas « la substance de l'œuvre qui doit être comparée à la copie, mais bien l'œuvre dans sa globalité, pour déterminer s'il y a reprise substantielle de celle-ci dans la copie »⁵. À ce sujet, on s'est interrogé quant à la façon de déterminer ce qui constitue la partie substantielle d'une œuvre. Le tribunal a rappelé qu'il s'agit davantage d'une question de qualité que de quantité. Mais il a précisé aussi que la contrefaçon s'apprécie d'abord par l'étude des ressemblances entre deux œuvres. Car « les ressemblances permettent de déterminer s'il y a emprunt

4. Voir aux par. 27 à 40 de la décision.

5. *Ibid.*, par. 43.

d'une partie substantielle d'une œuvre, alors que les différences pourraient appuyer une allégation de création indépendante »⁶.

La loi précise d'ailleurs que l'imitation déguisée constitue une contrefaçon⁷. En somme, si l'emprunt est substantiel, les différences entre deux œuvres peuvent ne pas avoir d'impact. Il se peut aussi qu'on soit en présence d'une œuvre nouvelle et originale, qui a été inspirée par une première œuvre. Tout est une question de degré et de contexte. Mais s'il y a reprise d'une partie substantielle d'une œuvre, il y a contrefaçon, même s'il y a un effort intellectuel important qui a permis la création de la nouvelle œuvre⁸.

On s'est interrogé aussi, dans cette décision, sur la pertinence du témoignage d'un expert, en ce qui concerne la comparaison des similitudes entre deux œuvres. Selon la Cour, ce témoignage ne devrait pas être nécessaire pour lui permettre de faire cette détermination. Mais il peut arriver que ce témoignage soit nécessaire, compte tenu des circonstances de l'espèce, et si l'expert ne cherche pas à faire le travail qui revient au tribunal. En l'occurrence, l'expert Perraton n'a pas seulement comparé les œuvres sous leur aspect perceptible, c'est-à-dire ce qui se voit facilement, soit les choix des formes, des couleurs, des mots ou leur articulation. Il a aussi étudié la forme dite intelligible des œuvres en cause, soit leur structure, leur composition, l'arrangement de leurs éléments tels les personnages, l'interaction entre eux, l'époque, les actions, etc. C'est « la compréhension de la dynamique, de l'atmosphère, des motifs qui construisent l'œuvre »⁹. Sur ce point, le juge Auclair a eu raison de s'appuyer sur les conclusions de M. Perraton, mais il n'a pas abdiqué son rôle pour autant de juge ultime des faits et du droit. En l'occurrence, le cumul des éléments perceptibles et intelligibles a permis de conclure qu'il y a eu reprise d'éléments substantiels de l'œuvre de M. Robinson, même si le produit final qu'est *Robinson Sucroë* contient des éléments nouveaux et distincts de *Robinson Curiosité*.

La Cour d'appel s'est aussi penchée sur la responsabilité personnelle de Christian Davin, en vertu de la L.D.A. M. Davin était directeur général de la compagnie France Animation. C'est lui qui a

6. Au par. 61.

7. Voir l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (ci-après la L.D.A.). À la définition du terme « contrefaçon », il est précisé : « À l'égard d'une œuvre sur laquelle existe un droit d'auteur, toute reproduction, y compris l'imitation déguisée, qui a été faite contrairement à la présente loi [...] ».

8. Voir aux par. 55 à 67 de la décision de la Cour d'appel.

9. Au par. 80.

offert en 1991 un contrat de pigiste à un dénommé Izard, et qui lui a demandé l'année suivante de développer un nouveau projet.

Ce dernier a proposé une parodie du roman de Daniel Defoe paru en 1719, *Robinson Crusoe*. Au lieu de faire un travail honnête, M. Izard a plagié l'œuvre de Claude Robinson. S'est alors posée la question de la responsabilité personnelle de son patron à l'époque. Sur ce point, la Cour d'appel renverse la décision de première instance qui avait conclu à une responsabilité. À son avis, il fallait que des présomptions « graves, précises et concordantes »¹⁰ puissent être tirées des faits en cause. Or ce n'était pas le cas. Les faits révélés en preuve ne permettaient pas de conclure que M. Davin était au courant du plagiat¹¹.

Ce qui est plus intéressant pour nous ici, c'est que le rôle joué par M. Davin permettait de soulever la question de savoir s'il avait violé le paragraphe 3(1) *in fine* de la L.D.A.¹² en autorisant une autre personne à accomplir un des gestes que la loi réserve au détenteur du droit d'auteur. Comme le tribunal l'a dit, le titre accolé à une personne n'est pas l'élément le plus important. Il faut examiner plutôt ses fonctions et toutes les circonstances pertinentes. Ici, en appliquant les critères retenus par la Cour suprême dans l'affaire *CCH*¹³, la Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait pas de preuve suffisante pour prouver la collusion. Le seul lien hiérarchique entre les deux hommes ne prouvait pas la connaissance de la contrefaçon chez M. Davin, ni son autorisation de produire une œuvre en violation de la loi¹⁴. Par contre, selon cette logique, le tribunal a conclu à la responsabilité des autres appelants, France Animation, Cinar et Ronald Weinberg, en vertu de la L.D.A. Car il y a eu de leur part violation consciente et délibérée du droit d'auteur des intimés.

10. Au par. 133.

11. Voir au par. 122. M. Izard avait d'ailleurs signé un contrat de droit d'auteur en octobre 1992 dans lequel il avait garanti que l'œuvre *Robinson Sucroë* était un concept original, dont il était l'auteur.

12. Le texte se lit ainsi : « Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes ».

13. [2004] 1 R.C.S. 334, par. 37 et 38.

14. Au par. 146. On voit donc que le lien hiérarchique est insuffisant. L'erreur ou la faute de l'employé n'entraîne pas nécessairement la responsabilité de l'employeur. Il faut plutôt qu'il y ait autorisation. Elle peut découler d'actes positifs, comme un encouragement ou une autorisation expresse, ou d'une situation passive, comme l'omission d'exécuter une obligation légale. Voir au par. 145.

2. L'affaire *Shaw Cablesystems*

Une autre décision d'importance a été rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Shaw Cablesystems*¹⁵. Elle concerne le téléchargement de musique sur le réseau Internet. La Commission du droit d'auteur avait accepté le tarif proposé par la SOCAN. La Cour suprême a déterminé, en 2004, qu'un fichier musical est communiqué lorsqu'il est téléchargé sur l'ordinateur du destinataire, et que ce genre de communication est une communication par télécommunication¹⁶.

La question qui s'est posée dans *Shaw Cablesystems* vient du fait que les internautes ont maintenant accès aux œuvres musicales soit en téléchargeant un fichier, ou en faisant du « streaming », qu'on appelle « transmission en continu », c'est-à-dire un téléchargement conçu pour être lu tel qu'il est reçu et ensuite effacé du disque dur de l'ordinateur. Comme les internautes reçoivent chacun une seule copie du fichier musical, on peut se demander si on est en présence d'une communication « au public par télécommunication » d'une œuvre au sens de l'alinéa 3(1) f) de la L.D.A. Or la Cour suprême avait jugé, dans l'affaire *CCH*, que le fait pour le Barreau ontarien d'envoyer par Internet à des avocats ou juges des copies de décisions ou chapitres de volumes ne constituait pas une infraction à cette disposition de la loi, vu qu'il s'agissait d'une transmission à un seul destinataire, les mots « au public » signifiant qu'un fichier doit être accessible à un grand nombre de personnes. Le tribunal avait tout de même laissé une porte ouverte en écrivant que « la transmission répétée d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d'auteur »¹⁷.

L'argument de *Shaw Cablesystems*, pour contester la validité d'une partie du tarif déterminé par la Commission du droit d'auteur, était donc à l'effet que les internautes reçoivent chacun sur une base individuelle un fichier musical, qui ne se trouve pas alors transmis « au public ». Certaines œuvres musicales sont peut-être « reproduites » lorsque téléchargées, mais il n'y aurait pas lieu de payer un tarif supplémentaire parce que non transmises « au public » par télécommunication. L'argument s'appuyait donc sur le prononcé de la Cour

15. *Shaw Cablesystems c. Société canadienne des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique* (2010), 86 C.P.R. (4th) 239. La décision a été rendue en septembre 2010, mais des motifs additionnels et amendés ont été publiés le 30 juin 2011.

16. *SOCAN c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427.

17. *CCH*, *supra*, note 1, au par. 78.

suprême dans la décision *CCH*, et demandait à la Cour de renverser sa propre décision dans ce qu'on a appelé « l'affaire des sonneries »¹⁸. Les faits y étaient simples. Une entreprise de télécommunications sans fil laissait ses abonnés choisir la sonnerie de leur téléphone. À partir du serveur de la compagnie, les abonnés pouvaient écouter différentes sonneries et télécharger celle de leur choix. La Cour d'appel fédérale a déterminé que la transmission des sonneries aux consommateurs constituait une communication, et que cette communication en était une « au public ».

Le tribunal a d'abord examiné un certain nombre d'anciennes décisions, citées par la demanderesse, portant sur la notion d'« exécution en public »¹⁹, mais a dit qu'elles n'étaient pas réellement applicables pour déterminer le sens des mots « communication au public ».

À son avis, la jurisprudence enseigne que deux éléments sont essentiels pour qu'on puisse déterminer si une communication en est une « au public ». Il faut rechercher principalement l'intention de la personne qui communique, et vérifier ensuite s'il y a réception de la communication par au moins une personne membre du public²⁰. Le juge Pelletier s'est appuyé ici sur la jurisprudence du tribunal dont il fait partie dans l'affaire *CCH*, où le juge Linden avait écrit que le sens courant de l'expression « au public » indique que la communication doit viser à atteindre un grand nombre de personnes : « Ainsi, pour être faite « au public » une communication doit être destinée à un groupe de personnes, ce qui est plus qu'une personne mais pas nécessairement tout le public en général »²¹. Le juge Pelletier a donc

18. Ou appelée aussi « l'affaire ACTSF » : *Association canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* (2008) C.A.F. 6.

19. Notamment, l'affaire *CAPAC c. CTV Television*, [1968] R.C.S. 676, où la Cour suprême a jugé que la transmission par micro-ondes d'une version sonore d'une œuvre musicale ne constituait pas une communication de l'œuvre au public par radio, mais plutôt une exécution de l'œuvre. Aussi : *CTV c. Commission du droit d'auteur*, [1993] 2 C.F. 115, où on a déterminé que lorsque le réseau CTV communique à ses stations affiliées une émission comportant une œuvre musicale, qui les radiodiffusent ensuite au public, il n'y a pas d'exécution en public de l'œuvre. Enfin, dans *ACTC : Association canadienne de télévision par câble c. Commission du droit d'auteur* [1993] 2 C.F. 138, où on s'est demandé si la transmission aux abonnés du câble d'œuvres musicales dont le point d'origine n'était pas une station ordinaire de télévision constituait une communication de l'œuvre au public. La Cour a jugé que non, parce que la définition de l'œuvre musicale n'avait pas changé, c'est-à-dire qu'il devait s'agir de feuilles manuscrites sur lesquelles les notes musicales sont inscrites.

20. *Supra*, note 15, au par. 37.

21. *Ibid.*, au par. 41.

estimé qu'une communication est faite « au public » lorsque la personne qui communique veut qu'elle soit accessible et captée par le public en général. Et il suffit qu'au moins une personne du public reçoive la communication pour qu'on puisse considérer qu'il y a eu communication au public²².

Quant à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *CCH*, le juge estime qu'elle ne s'écarte pas du tout de sa façon de voir les choses. Le plus haut tribunal y a seulement dit que le fait que le Barreau ontarien expédie par télécopie ou fax des documents numérisés à un seul destinataire ne constituait pas une communication au public au sens de l'alinéa 3(1) f) de la loi. Mais la situation aurait été autre si le Barreau avait eu l'intention de rendre ces documents disponibles à plusieurs personnes, ou s'il les avait rendus accessibles au public en général. On peut donc se trouver face à une communication dite « au public » au sens de la loi lorsque des documents sont distribués à une personne à la fois, mais où la personne qui les transmet a l'intention de les distribuer à un grand nombre de personnes²³. Cet élément d'intention serait conforme à la mise en garde de la Cour suprême concernant les transmissions multiples d'une œuvre à des destinataires multiples.

Enfin, pour déterminer cette intention de la personne qui communique, on peut vérifier si la communication a eu lieu dans un contexte commercial, et la quantité totale des communications, mais ces deux éléments ne sont pas en soi absolument déterminants. Par exemple, le fameux partage de fichiers de poste à poste (P2P) n'est pas une activité commerciale, car il implique des consommateurs qui s'échangent gratuitement des fichiers musicaux, mais cela constitue tout de même une communication au public, car il y a initialement un internaute qui place des œuvres musicales sur le disque dur de son ordinateur, et les met à la disposition des autres utilisateurs qui se servent du même logiciel de partage de fichiers²⁴. En conclusion, la Cour d'appel fédérale a jugé qu'était raisonnable la décision de la

22. *Ibid.*, au par. 42. Cette façon de voir serait appuyée par la jurisprudence, comme dans l'affaire australienne concernant la musique entendue par les gens qui sont mis « en attente » lorsqu'ils téléphonent : *Telstra Corporation Ltd. c. Australasian Performing Right Association* (1997), 38 I.P.R. 294 (H.C. Aust.). Dans cette affaire, on a pu lire (traduction) : « L'on pourrait plutôt dire que l'expression « au public » véhicule un concept plus large que l'expression « en public » [...] Ce qui revient à dire qu'une communication peut être faite à des membres du public en particulier dans un endroit privé ou chez quelqu'un et constituer tout de même une communication faite au public. ».

23. *Ibid.*, aux par. 51 à 54.

24. *Ibid.*, au par. 61.

Commission selon laquelle le téléchargement d'un fichier musical à partir d'un service de musique en ligne vers un seul utilisateur est une communication de l'œuvre au public.

3. L'affaire *Harmony Consulting*

En juillet 2011, la division de première instance de la Cour fédérale a rendu son jugement dans l'affaire *Harmony Consulting*²⁵. Elle traite de la question des droits d'auteur sur les logiciels. Les faits, qui se sont déroulés sur plusieurs années, peuvent être résumés tout de même assez simplement. Un informaticien, du nom de Sushil Chari, a mis au point, pour le compte de la compagnie de transport *G.A.Foss Transport*, des logiciels destinés à aider le travail des répartiteurs et des employés assignés à la facturation. Les logiciels ont été livrés en 2000, avec une licence d'utilisation d'une durée indéfinie, mais pour un maximum de cinq utilisateurs. M. Chari a été payé 40 000 \$ pour ses services²⁶. Il a poursuivi son travail pour la compagnie de transport, soit pour fournir un support technique, pour mettre à jour les logiciels, corriger leurs problèmes de fonctionnement, ou pour mettre au point d'autres logiciels de moindre importance²⁷. Ses services étaient retenus à raison de 1 000 \$ par semaine. Dans ce cas-ci, comme pour le programme principal, il était prévu que l'entente avec Foss Transport serait résiliée si la compagnie cessait de payer les frais de licences, ou si elle faisait un manquement grave à ses obligations et n'y remédiait pas dans un délai de 60 jours après avoir eu un avertissement²⁸, ou déclarait faillite.

Les relations se sont graduellement détériorées entre les parties, de sorte qu'au printemps de l'année 2003, M. Chari ne rendait plus de services à la compagnie de transport. Quand d'autres travaux ont dû être effectués au système informatique, il a autorisé la compagnie à faire affaires avec un autre programmeur. La compagnie de transport a cessé de payer les frais hebdomadaires de 1 000 \$ à M. Chari à partir de mars 2004. C'est ce qui a mis le feu aux poudres, d'autant plus que M. Chari espérait qu'une compagnie qu'il avait créée soit fusionnée avec Foss Transport. M. Chari a alors modifié les deux principaux logiciels mis au point par lui pour qu'ils cessent complètement de fonctionner, l'un en avril et l'autre en mai

25. *Harmony Consulting Ltd. c. G.A. Foss Transport Ltd.* (2011), 92 C.P.R. (4th) 6.

26. Voir aux par. 10 à 51. Le logiciel principal s'appelait *Petro Dispatch 2000*.

27. Dont un *Card Lock Invoicing program* qui lui a rapporté 6 800 \$. Voir au par. 43.

28. *Supra*, note 23, au par. 47.

2004²⁹. Ce qui a entraîné un arrêt complet des opérations de la compagnie pendant quelques jours.

M. Chari s'est adressé aux tribunaux pour réclamer les sommes qu'il estimait lui être dues, et une déclaration à l'effet que ses droits d'auteur dans les logiciels ont été violés. S'est donc posée d'abord la question de la détention du droit d'auteur relativement aux logiciels. Le juge Heneghan, qui a rendu la décision, a rappelé, comme principe de base, que les logiciels sont visés par la *Loi sur le droit d'auteur*, à la définition d'« œuvre littéraire ». Il faut qu'ils soient évidemment originaux. Le concepteur d'un logiciel n'a pas pour autant de droit d'auteur sur les bases de données qui pourront être créées par l'utilisateur du logiciel. Dans le cas sous étude, le juge a pu déterminer facilement qu'il existait un droit d'auteur valide dans les logiciels, à titre de compilations³⁰, et ce, même si certains éléments constitutifs de la compilation ne sont pas protégés en soi. Il en va ainsi pour les réparations ou mises à jour des logiciels, qui ne bénéficient pas d'une protection indépendante, ou certains éléments qui ne sont pas suffisamment originaux, comme le fait de reformater des colonnes ou changer des champs où du texte pourra être inscrit³¹.

Quant à la détention du droit d'auteur, M. Chari était évidemment le créateur des logiciels, et donc premier détenteur du droit d'auteur, mais la compagnie de transport prétendait qu'il y avait eu cession de ses droits. Le problème est venu du fait que M. Chari a incorporé en mars 2000 une compagnie, appelée Harmony Consulting, la demanderesse en l'occurrence³². En 2009, il a rédigé un texte par lequel il cédait ses droits d'auteur à sa compagnie, auquel il a voulu donner un effet rétroactif. Ce qu'on appelle une clause *nunc pro tunc*, c'est-à-dire « maintenant pour alors », une entente faite pour remédier à un élément manquant³³. Le texte était ainsi rédigé : « Par la présente, moi, Sushil Chari confirme que le 16 mars 2000 j'ai cédé à Harmony Consulting tous mes droits mondiaux en ce qui concerne le logiciel Petro Dispatch 2000... »³⁴. Ce qui fait difficulté,

29. Voir aux par. 102 et 104. Le juge Heneghan écrit qu'il s'agit d'un acte de sabotage, dicté par un désir de vengeance. Voir aux par. 109 et 111.

30. Au par. 54.

31. Voir aux par. 162 et 163.

32. La question était importante pour M. Chari parce que l'action a été intentée par Harmony Consulting. Si on estime que la compagnie ne pouvait détenir les droits d'auteur sur les logiciels en cause, elle pouvait difficilement se plaindre de violation de ces droits !

33. Voir MAYRAND (Albert), *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, (Cowansville : Blais, 1985), p. 192.

34. Au par. 213 [la traduction est nôtre].

parce que le paragraphe 13(4) de la L.D.A. est formel quant à l'exigence d'un écrit au moment de la cession. Il ne pouvait donc pas y avoir eu cession valide en 2000, car elle n'existait que dans la tête de M. Chari. La cession n'a pu avoir lieu qu'en juin 2009. Le texte fait *nunc pro tunc* est donc inopérant et non pertinent³⁵. Et M. Chari n'a pas pu céder à sa compagnie ses droits moraux, car ils sont incessibles³⁶.

Mais il y a plus. Lorsque M. Chari a obtenu la commande de la compagnie de transport pour l'élaboration de logiciels, il a facturé ses services par le biais de la compagnie Atrimed, qu'il avait incorporée avec son frère en décembre 1994. Aux yeux de la Cour fédérale, cela suffisait pour qu'Atrimed soit la détentrice des droits d'auteur sur les logiciels. En effet, la L.D.A. prévoit au paragraphe 13(3) que c'est l'employeur qui détient le droit d'auteur à l'égard d'une œuvre créée par un employé dans le cours de son emploi. Et, comme l'enseigne le professeur Vaver dans son volume paru en 2000³⁷, il en va de même pour les officiers supérieurs d'une compagnie, qui sont légalement des employés de l'entreprise. Ceci amène, comme résultat, que Foss Transport ne peut pas avoir enfreint les droits d'auteur de Harmony Consulting, car Atrimed ne lui a pas cédé ses droits. Même si M. Chari détient le droit d'auteur sur le logiciel Petro Dispatch 2000, il ne l'a cédé à Harmony que quelques semaines avant le début des procédures. Harmony détient des droits d'auteur, mais seulement sur les logiciels plus récents, créés par M. Chari après qu'il fut devenu un employé et eut transféré ses droits.

Un dernier point mérite l'attention. Le juge Heneghan s'est demandé, dans l'hypothèse où Harmony aurait détenu le droit d'auteur sur le logiciel principal, si les gestes de la compagnie de transport, en les utilisant, constituaient une infraction. À ce sujet, il rappelle qu'en vertu de la loi, il y a violation du droit d'auteur quand une personne accomplit un des gestes réservés au détenteur du droit d'auteur, ou autorise une autre personne à ce faire³⁸. En l'occurrence, Harmony Consulting prétendit qu'il y avait eu violation de ses droits à partir du moment où Foss Transport a cessé de faire les paiements hebdomadaires à M. Chari. Le tribunal a rappelé ici que le

35. La jurisprudence avait déjà posé le principe dans l'affaire *Star Kist Foods*, (1985) 3 C.P.R. (3d) 208 (C.F.P.I.) à l'effet que des ententes *nunc pro tunc* ne peuvent être utilisées pour des raisons de commodité, pour remédier à des oublis ou des négligences commises dans le passé.

36. Par. 14.1(2) de la L.D.A.

37. *Copyright Law* (Toronto : Irwin Law, 2000), p. 85.

38. Par. 3(1) de la L.D.A.

non-respect d'un contrat n'équivaut pas à la violation du droit d'auteur³⁹. Le logiciel en jeu était installé dans un seul serveur chez Foss Transport. Il n'y avait donc qu'un logiciel, sur un serveur. Foss Transport n'a pas eu à copier le logiciel pour continuer à l'exploiter⁴⁰. Il n'y a donc pas eu violation de la loi. Et même si la compagnie avait permis l'utilisation du logiciel à plus de cinq personnes à la fois, cela n'aurait constitué qu'une violation d'une disposition d'un contrat.

Enfin, le tribunal a jugé que ce n'était pas une violation de la loi pour la compagnie de transport de faire effectuer des modifications au logiciel de M. Chari par d'autres programmeurs car, comme l'a dit la Cour suprême dans l'affaire *Théberge*⁴¹, la reproduction implique la multiplication des exemplaires d'une œuvre, ce qui n'était pas le cas ici. La loi permet aussi spécifiquement de faire une copie de sauvegarde d'un logiciel. Et comme le logiciel de M. Chari était basé en partie sur le logiciel appelé *Microsoft Access*, il était implicite dans la licence d'utilisation que la compagnie pourrait effectuer les mises à jour de ce logiciel.

4. L'affaire *Ré:Sonne*

Une courte décision a été rendue par la Cour d'appel fédérale en février 2011, concernant les droits des artistes-interprètes, qui aurait pu avoir un impact économique non négligeable. Dans cette affaire⁴², la demanderesse, Ré:Sonne, a déposé devant la Commission du droit d'auteur un projet de tarif applicable à la bande sonore qui accompagne un film montré en public, ou incluse dans une émission de télévision diffusée au grand public. Si le tarif avait été accepté, cela aurait eu pour conséquence qu'un propriétaire de salle de cinéma aurait dû acquitter des droits d'auteur pour montrer un film en salle, et un montant additionnel pour la musique incorporée dans le film. De même, si Radio-Canada ou une station du réseau TVA désirent diffuser un film dans leur programmation, il aurait fallu payer un montant supplémentaire, spécifique pour la bande sonore.

La L.D.A. prévoit déjà, depuis 1997, un droit d'auteur pour les artistes-interprètes, les radiodiffuseurs et les compagnies de dis-

39. Au par. 261.

40. Au par. 262, le juge écrit : « ... use of a software program, without more, does not constitute copyright infringement ».

41. *Théberge c. Galerie d'art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, au par. 42.

42. *Ré:Sonne c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada*, 2011 CFA 70.

ques. L'article 19 mentionne, pour les artistes-interprètes, un droit à la rémunération équitable pour « l'exécution en public » et la « communication au public par télécommunication » de l'enregistrement sonore publié. Cela semble couvrir exactement ce qui est visé par la demande de tarif. La difficulté vient du fait que la définition, à l'article 2, de l'« enregistrement sonore » exclut spécifiquement la bande sonore d'une œuvre cinématographique⁴³. La Commission du droit d'auteur, se fondant sur cette définition, a rejeté le projet de tarif.

La plaignante a tenté de faire voir devant la Cour fédérale qu'on devait, du point de vue juridique, considérer séparément chacun des éléments constitutifs d'une bande sonore. À son avis, c'est la bande sonore dans son entièreté qui est exclue dans la définition à l'article 2. Ses composantes individuelles ne le seraient pas, et ce, pour deux raisons. D'abord, la définition de l'« enregistrement sonore » vise seulement l'emplacement physique de l'enregistrement, ce qu'elle appelle le « support matériel quelconque ». Deuxièmement, les diverses parties d'une bande sonore ne sont pas la même chose que la bande dans sa totalité, et peuvent et doivent recevoir un traitement différent. Selon la demanderesse, l'objet de la définition et de l'article 19 est simplement d'éviter que les films soient protégés deux fois : pour les images, et pour l'œuvre musicale. Ainsi, personne ne peut revendiquer une rémunération exclusivement pour l'ensemble de la bande sonore. Mais les artistes-interprètes et les compagnies de disques dont une ou plusieurs pièces musicales sont incorporées dans un film le pourraient.

La Cour a rejeté ces prétentions, sous la plume de la juge Trudel. Avec raison, à notre avis, car la demande de la plaignante cherchait à contourner ce que la loi prévoyait assez clairement, c'est-à-dire la volonté de ne pas considérer séparément, pour les films, les droits d'auteur sur les images et sur les sons. La juge Trudel a fourni trois motifs pour étoffer sa conclusion à l'effet qu'il n'y avait pas lieu de renverser la décision de la Commission du droit d'auteur.

D'abord, la demanderesse a fait valoir que si sa demande d'homologation de tarif était rejetée, les artistes-interprètes seraient floués dans le cas où leur performance, comprise dans une bande

43. La disposition est ainsi formulée : « ... est exclue de la présente définition la bande sonore d'une œuvre cinématographique lorsqu'elle accompagne celle-ci ». Le paragraphe 17(1) prévoit aussi que dès qu'un artiste-interprète accepte que sa prestation soit incorporée dans un film, il ne peut plus exercer les droits donnés à l'article 15.

sonore, serait mise sur Internet, ou si une bande sonore était extraite d'un DVD pour être vendue séparément. À cela le tribunal a répondu que cette préoccupation est non fondée. Car le paragraphe 17(1) de la loi exige le consentement de l'artiste-interprète pour que sa prestation soit incorporée dans un film.

De plus, si un enregistrement préexistant est extrait de la bande sonore d'un film, la protection que la loi prévoit pour les artistes et les compagnies de disques continue de s'appliquer⁴⁴.

La plaignante a ensuite formulé un argument de droit comparatif, qui n'a pas été analysé en détail par la juge. La juge Trudel a simplement fait remarquer que le droit australien et du Royaume-Uni diffère radicalement du nôtre⁴⁵.

Enfin, on a invoqué un argument à l'effet que la protection demandée s'inscrit dans le sens de ce qui est prévu à l'article 10 de la *Convention de Rome*, selon lequel les producteurs de « phonogrammes » ont le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction de leurs phonogrammes. Mais, selon la juge, cela ne tient pas compte de la définition du terme « phonogramme », qui ne vise que la fixation sonore des sons et exclut les fixations d'images, ou d'images et de sons, comme au cinéma ou à la télévision par exemple. La demande de contrôle judiciaire a donc été rejetée.

5. L'affaire *Century 21 Canada*

Enfin, une décision fort intéressante a été rendue en septembre dernier par la Supreme Court de la Colombie-Britannique dans un litige opposant le courtier immobilier Century 21 à Rogers Communications⁴⁶. La question, ultimement, traite du droit du propriétaire d'un site web de contrôler l'utilisation qui peut être faite de l'information mise gratuitement à la disposition du public. Century 21 voulait bien que le public en général ait accès à son site et se serve des

44. *Supra*, note 42, aux par. 10 et 11.

45. On aurait aimé avoir davantage de précisions sur ce point. Car en doctrine, on semble enseigner autre chose. Ainsi les auteurs Bentley et Sherman écrivent-ils, relativement aux droits des artistes-interprètes : « The most important of these, at least financially, is the right to claim equitable remuneration from the owner of copyright in a sound recording (note, not an audiovisual work) of a qualifying performance, where the sound recording is played in public... », ce qui nous apparaît conforme à la règle prévalant au Canada. BENTLEY (Lionel) *et al.*, *Intellectual Property Law*, 3^e éd. (Londres : OUP, 2009), p. 307.

46. *Century 21 Canada Ltd Partnership c. Rogers Communications inc.* (2011), 96 C.P.R. (4th) 1.

renseignements qui y sont contenus, mais ne voulait pas se faire « voler » par des concurrents tout le fruit de son travail. Century 21 a réclamé du tribunal une injonction et des dommages-intérêts à l'endroit de Zoocasa, au motif que des images et du texte avaient été reproduits illégalement à partir de son site. De plus, Rogers Communications aurait autorisé illégalement ses employés ou ceux de Zoocasa à accomplir des actes que la loi réserve au détenteur du droit d'auteur⁴⁷.

Les faits sont assez simples. Le site web de Century 21 contient une liste des propriétés à vendre, à travers le Canada. Les utilisateurs peuvent faire une recherche selon différents critères : la localisation, le prix, ou selon d'autres caractéristiques des propriétés. Le défendeur principal dans le litige est la compagnie Zoocasa. Rogers Communications a eu l'idée initiale de créer son propre site web en matière immobilière⁴⁸, et a éventuellement créé Zoocasa, qui allait se consacrer à ce travail.

Le site web de Zoocasa contenait les éléments suivants. Il y avait une photo de chaque propriété à vendre, avec des informations générales sur le quartier où elle se trouve, les commerces de proximité, les écoles avoisinantes, etc., puis un lien hypertexte vers le site de l'agent d'immeuble ayant le mandat de vendre la propriété en question, et de la publicité. Le « concept » du site de Zoocasa est de regrouper les propriétés d'abord par quartier. Il fonctionne comme un moteur de recherche, permettant à l'utilisateur d'identifier des propriétés selon leur emplacement, ou leur prix, ou le nombre de chambres à coucher, ainsi de suite. Initialement, le robot d'indexation de Zoocasa transférait toutes les informations du site de Century 21 relatives à la description des immeubles annoncés sur le site de Zoocasa, mais à partir de novembre 2008, suite aux plaintes de Century 21, seules de courtes informations étaient mises en ligne⁴⁹.

Une première question qui s'est posée concerne la valeur juridique et la portée des conditions d'utilisation que Century 21 a mises sur son site web. Il y avait plusieurs restrictions prévues. Century 21 voulait interdire les utilisations à caractère commercial. Elle interdisait aussi d'afficher, de distribuer, de retransmettre, ou de diffuser

47. La décision soulève des questions relatives au droit des biens, et à la notion de concurrence déloyale, dont nous ne traiterons évidemment pas.

48. C'est au printemps de 2007 que Rogers a commencé à travailler à ce projet. Voir au par. 23. Zoocasa a été incorporée en mars 2008.

49. Il s'agit de descriptions du type « adresse : 123 rue Hamilton, à Vancouver, à 275 000 \$, 1 c. à c., 2 s. de bain, rénos, belle vue côté ouest ». Voir au par. 202.

de quelque façon le contenu du site. Mais l'élément important au point de vue juridique est celui-ci : il y avait une phrase au début des conditions d'utilisation, à l'effet que l'utilisateur qui accède au site et qui l'utilise accepte par ce fait même d'être lié par toutes les clauses des conditions d'utilisation⁵⁰.

On peut penser, à première vue, que les considérations du tribunal sur la valeur juridique de ce contrat sont plus ou moins pertinentes pour nous, puisqu'il s'agit d'une question relevant de la common law. Mais on voit que, sur certaines questions, le droit civil et la common law se rejoignent. Le juge Punnett, qui rend la décision, dit bien qu'il faut déterminer si on est en présence d'une offre de contracter, d'une acceptation et d'une intention de la part des parties de conclure un contrat valide, et donc de force exécutoire⁵¹. C'est ce qu'on retrouve essentiellement à l'article 1371 de notre Code civil. La position de Zoocasa était à l'effet que le simple fait d'avoir accès à un site web n'implique aucunement qu'il y a eu acceptation des restrictions relatives à l'utilisation. Au contraire, le fait de créer un site web laisse présumer que son auteur permet implicitement au public d'y accéder et utiliser le contenu comme bon lui semble, avec comme seules limites ce qui est prévu dans la *Loi sur le droit d'auteur*.

Le tribunal a donc dû se pencher sur les différentes modalités que peut prendre l'acceptation de contracter que l'on trouve dans le domaine de l'informatique. On les appelle couramment les « shrink wrap agreements », les « click wrap agreements » ou « browse wrap agreements ».

Dans le premier cas, on vise le consommateur qui achète un logiciel protégé par une pellicule de cellophane, dont le contenu est accompagné d'un texte écrit sur papier à l'effet que les conditions de licence deviennent effectives dès que la pellicule a été déchirée.

Le second cas est plus courant, maintenant que plusieurs logiciels sont achetés directement sur le réseau Internet. Ici, le consommateur est obligé de cliquer sur une case à la fin d'une boîte de dialogue indiquant « I agree », ou « J'accepte les conditions ».

50. Voir au par. 60. La phrase est typique. Elle se retrouve sur énormément de sites web. Elle est ainsi rédigée : « By accessing or using the website you agree to be bound by these terms of use without limitation or qualification ». Elle a été affichée sur le site dès octobre 2007.

51. *Supra*, note 46, au par. 64 : « It is trite law that creation of a contract requires that there be an offer, acceptance and consideration to form a valid and binding contract ».

Dans le dernier cas, qui était en cause en l'occurrence, le consommateur serait lié par le fait qu'il utilise un logiciel ou le contenu d'un site web après avoir été mis au courant des conditions d'utilisation.

Il serait trop long ici de résumer la revue de jurisprudence que le juge a faite pour chacune de ces modalités d'acceptation, mais il en arrive clairement à la conclusion que dans le cas soumis Zoocasa était liée par les conditions d'utilisation. Elle avait pris connaissance de ces conditions, et elle savait qu'aller de l'avant dans son projet d'utiliser les informations contenues sur le site de Century 21 serait interprété comme une acceptation des conditions⁵². Or, Zoocasa a violé presque tous les termes de cette entente, en copiant le contenu du site, en le reproduisant ensuite sur son propre site web, en l'utilisant de façon commerciale et en disséminant le contenu à d'autres personnes.

Sur les questions de droit d'auteur, il est évident que les photos sont des œuvres protégées, à titre d'œuvres artistiques, et les textes descriptifs des propriétés sont des œuvres littéraires. Zoocasa prétendait ne faire que de l'indexation automatique, c'est-à-dire une technique informatique permettant de repérer des éléments significatifs dans un fichier informatique⁵³, et faire des liens hypertextes. Ce seraient deux techniques inhérentes au fonctionnement du réseau Internet. Cet argument a été rejeté rapidement par le tribunal. Pour répondre à la question posée, il fallait uniquement se demander si on est en présence d'œuvres protégées par la loi, et si le défendeur a posé l'un des gestes que la loi réserve au détenteur du droit d'auteur⁵⁴. Les seuls textes produits par Zoocasa qui étaient légaux étaient les descriptions ne contenant que de l'information de base, tels le prix demandé, les dimensions de la maison, du terrain, le montant des taxes, etc.

Zoocasa a aussi invoqué en défense la notion d'utilisation équitable. Pour en étudier la valeur, le tribunal a dû appliquer tous les

52. Voir au par. 119 : « Taking the service with sufficient notice of the Terms of Use and knowledge that the taking of the service is deemed agreement constitutes acceptance sufficient to form a contract. ».

53. En l'occurrence, Zoocasa copiait les informations suivantes : l'adresse URL, le prix de la propriété, sa description faite pour le service Multiple Listing Service, l'adresse, le nombre de chambres à coucher, le nombre de salles de bains, la dimension du terrain, l'année de construction, les taxes, le nom du courtier, son adresse électronique, son site web, le nom de l'agence, son adresse électronique, son numéro de téléphone et son site web. Voir au par. 195 de la décision.

54. Voir aux par. 203 à 205.

six éléments identifiés par la Cour suprême dans l'affaire *CCH*⁵⁵ : i) le but de l'utilisation, ii) la nature de l'utilisation faite de l'œuvre reproduite, iii) la quantité de l'œuvre originale reproduite, iv) les alternatives possibles à la reproduction, v) la nature de l'œuvre reproduite, et vi) les impacts économiques de l'utilisation sur l'œuvre originale.

Sur le premier critère, le juge Punnnett n'a pas pris de position ferme. La Cour suprême a dit qu'une utilisation à caractère commercial pourrait moins facilement être jugée équitable. C'était le cas ici, mais il reste que les gestes posés par le défendeur pouvaient être considérés comme utiles pour le public en général⁵⁶. Le deuxième critère a donné lieu à une longue étude de la pertinence en matière d'utilisation équitable du « Robot exclusion standard ». En matière informatique, les créateurs de sites web ont la possibilité d'accepter ou de refuser que leur site soit visité et indexé par l'un ou l'autre des robots d'indexation utilisés par les moteurs de recherche tels Google, Yahoo ou Bing. Selon Century 21, le fait que Zoocasa ait refusé de se plier aux termes du « Robot exclusion standard » a comme conséquence de l'empêcher complètement de plaider l'utilisation équitable⁵⁷. Aux yeux du juge, la question de l'acceptation ou non de la norme de l'industrie ne permet pas de trancher le litige. Cela est pertinent pour déterminer comment une personne a eu accès à une information⁵⁸, mais pas comment cette information est ensuite utilisée. Sur ce point, donc, la défense de Zoocasa est faible, mais il faut analyser les autres critères pour déterminer si une défense d'utilisation équitable est acceptable.

Le troisième critère, relatif aux alternatives possibles pour le défendeur, a joué en faveur de Century 21. On a jugé que c'était principalement pour épargner temps et argent que Zoocasa a copié si directement et complètement le site de Century 21 alors que les informations recherchées auraient pu être trouvées ailleurs. Quant à la quantité de l'œuvre reproduite, il a joué aussi contre Zoocasa. C'est que pendant longtemps elle a reproduit intégralement le texte descriptif des propriétés à vendre rédigé par les agents de Century 21, et elle le faisait chaque jour, en ce sens que son moteur de recherche faisait une mise à jour quotidienne des informations

55. Voir aux par. 208 et s.

56. Voir au par. 222.

57. Au point de vue technique, le site web de Century 21 n'a pas pu faire savoir au moteur de recherche de Zoocasa son refus d'être indexé, parce que Zoocasa refuse de dévoiler quel moteur de recherche elle utilise. Voir au par. 244.

58. Voir aux par. 252 et 253.

contenues sur le site de Century 21. Il en a été autrement seulement lorsque Zoocasa a rédigé ses propres textes, qu'on pourrait qualifier de minimalistes, qui ne fournissaient que des informations de base, que la loi ne considère pas suffisamment originaux pour mériter protection.

Le critère de la nature de l'œuvre reproduite a joué en faveur de la défenderesse. Il reste en effet que les informations reproduites n'étaient pas le fruit d'un grand effort de création littéraire. On était loin de *Madame Bovary* ou de *À la recherche du temps perdu* ! De plus, les informations sur le site de Century 21 étaient publiques, donc non confidentielles, et elles avaient une fonction commerciale. Quant au dernier critère, l'impact économique de l'utilisation, il était clair que les deux sites visaient la même clientèle, les acheteurs potentiels de maisons. Ce critère ne jouait donc pas en faveur de Zoocasa⁵⁹.

En conclusion sur la défense d'utilisation équitable, les agissements de Zoocasa, pendant tout le temps qu'elle a copié intégralement les photos et textes provenant du site de Century 21, n'ont pas été jugés comme constituant une utilisation équitable. La question du « Robot exclusion standard » a été jugée pour sa part non pertinente, parce que relative seulement à la façon dont Zoocasa a eu l'accès à l'information recherchée⁶⁰.

Une autre question importante concernait la responsabilité de la compagnie Rogers. Puisque Rogers avait créé Zoocasa, en était le principal investisseur et en faisait activement la promotion⁶¹, on pouvait se demander si elle s'était rendue coupable d'avoir autorisé illégalement Zoocasa à accomplir des actes que la loi réserve au détenteur du droit d'auteur. Le juge Punnett, en bon juriste, a fait une étude de la jurisprudence pertinente, qu'il s'agisse de l'affaire *De Tervagne*, en 1993⁶², sur la responsabilité du locateur d'une salle où on a monté une pièce de théâtre, ou de l'affaire *SOCAN* en 2004, où on a étudié la responsabilité des fournisseurs d'accès au réseau Internet⁶³. Il a appliqué le principe de base sur cette question selon

59. Voir au par. 275. Il reste tout de même qu'une étude statistique a montré que l'achalandage du site de Century 21 ne provenait qu'en proportion de 1 % du site de Zoocasa.

60. Aux par. 281 et 282.

61. Voir au par. 306. C'est Rogers qui a enregistré le nom de domaine de Zoocasa, lui a fourni des programmeurs, et trois dirigeants de Zoocasa étaient aussi des employés de Rogers !

62. *De Tervagne c. Ville de Belœil* (1993), 50 C.P.R. (3d) 413 (C.F.P.I.).

63. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45.

lequel le simple fait, sans plus, de fournir à quelqu'un un appareil qui pourrait être utilisé pour violer la loi n'entraîne pas de responsabilité⁶⁴.

Dans le cas étudié, Rogers n'a pas exercé de contrôle sur la façon dont Zoocasa utilisait son moteur de recherche. Il en aurait été autrement si on avait pu montrer que Rogers savait que Century 21 se plaignait de violation de ses droits et avait continué à encourager les agissements de Zoocasa⁶⁵. Ce qui a amené le juge à se demander si les liens étroits entre les deux compagnies pouvaient établir une telle présomption. Rogers était actionnaire majoritaire de Zoocasa, mais y avait-il plus ? Normalement, le voile corporatif fait en sorte que les agissements d'une compagnie n'entraînent pas la responsabilité de la compagnie mère. Il faut montrer que les liens entre les deux entreprises sont si étroits, si directs, qu'on peut considérer qu'il s'agit en réalité d'une seule et même entité⁶⁶. Ce n'était pas le cas en l'occurrence. Les compagnies n'étaient pas non plus dans une relation de type employeur-employé, ni mandant et mandataire. Century 21 n'a donc pas réussi à renverser la présomption selon laquelle Rogers a autorisé Zoocasa à utiliser son site web et son moteur de recherche uniquement en conformité avec la loi⁶⁷.

En somme, Zoocasa a très bien tiré son épingle du jeu dans cette affaire, car le dispositif de la décision est à l'effet que toutes les accusations contre Rogers sont tombées, de même que la plainte de Century 21 pour violation de la *Loi sur le droit d'auteur*. Elle a pu obtenir une injonction permanente, mais fondée sur la notion de bris de contrat. Les seules personnes qui ont obtenu des dommages-intérêts pour violation de droit d'auteur sont deux agents de Century 21 qui lui avaient accordé une licence relativement aux photos et aux textes descriptifs des propriétés. Comme il n'y avait pas eu cession de droits d'auteur, ils devaient eux-mêmes réclamer leur dû devant les tribunaux.

64. *Supra*, note 46, au par. 327.

65. Les tribunaux considèrent aussi qu'on peut encourir une responsabilité si on fait preuve d'un degré d'indifférence élevée quant au comportement d'une personne à qui on a fourni un appareil qui peut être utilisé pour violer la loi, mais on a jugé ici que ce n'était pas le cas pour Rogers. Voir aux par. 361 et 362 de la décision.

66. Au par. 333. Le juge cite la décision *Aluminium Co. of Canada c. Toronto* (1944), 3 D.L.R. 609, à la p. 614 : « The question... is whether or not the parent company is in fact in such an intimate and immediate domination of the motions of the subordinate company that it can be said that the latter has, in the true sense of the expression, no independent functioning of its own ».

67. Voir aux par. 341 et 342.