

## Cinq décisions d'intérêt en droit du numérique en 2020

Florian Martin-Bariteau\*

RÉSUMÉ .....	835
INTRODUCTION .....	837
1. <i>UBER TECHNOLOGIES</i> c. <i>HELLER</i> : UN NOUVEAU PARADIGME POUR LES CONTRATS ÉLECTRONIQUES . . .	839
A- Faits .....	839
B- Décision .....	841
C- Analyse et portée. ....	843
2. <i>COMPUFINDER (3510395 CANADA INC)</i> c. <i>CANADA</i> : CONSTITUTIONNALITÉ DE LA <i>LOI CANADIENNE</i> <i>ANTIPOURRIEL</i> .....	846
A- Faits .....	846
B- Décision .....	847
C- Analyse et portée. ....	850

---

© Florian Martin-Bariteau, 2021.

\* Professeur agrégé, Section de common law, Faculté de droit; titulaire de la Chaire de recherche de l'Université en technologie et société; directeur, Centre de recherche en droit, technologie et société, Université d'Ottawa. L'auteur remercie Rachael Ostroff pour son aide précieuse dans les recherches ayant mené à la rédaction de cette chronique, ainsi que Marina Pavlović pour ses conversations autour de la décision *Uber*. Les choix, erreurs et omissions restent de l'entière responsabilité de l'auteur.

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

3.	<i>CHOUEIFATY c. CANADA : NOUVELLE APPROCHE DE LA BREVETABILITÉ DES LOGICIELS</i> . . . . .	852
	A- Faits . . . . .	852
	B- Décision . . . . .	853
	C- Analyse et portée. . . . .	854
3.	<i>COMMISSAIRE À LA CONCURRENCE c. FACEBOOK : NOUVEL ENCADREMENT DES PLATEFORMES EN MATIÈRE DE VIE PRIVÉE</i> . . . . .	857
	A- Faits . . . . .	858
	B- Décision . . . . .	859
	C- Analyse et portée. . . . .	860
5.	<i>SOLE CLEANING c. CHU : DÉNONCER LE RACISME SUR LES RÉSEAUX SOCIAUX EST JUSTIFIABLE.</i> . . . .	862
	A- Faits . . . . .	863
	B- Décision . . . . .	864
	C- Analyse et portée. . . . .	866

## RÉSUMÉ

Cette chronique présente cinq décisions d'intérêts en droit du numérique rendues par les tribunaux canadiens en 2020. La chronique s'ouvre sur la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Uber Technologies Inc c. Heller* qui a opéré un recalibrage inattendu du droit des contrats au regard des nouvelles réalités socio-économiques du contexte numérique. Dans un second temps, la chronique aborde l'affaire *CompuFinder (3510395 Canada Inc) c. Canada* dans laquelle la Cour fédérale a notamment confirmé la constitutionnalité de la *Loi canadienne anti-pourriel*. La chronique se poursuit avec la décision de la Cour fédérale dans l'affaire *Chouiefaty c. Canada* qui est revenue rappeler au Commissaire aux brevets le test devant s'appliquer en matière de brevetabilité de logiciel. Ensuite, la chronique discute de l'enregistrement par le Tribunal de concurrence de l'entente entre le Commissaire à la concurrence et Facebook Inc qui marque une étape majeure pour le droit de la concurrence à l'ère numérique et la protection des canadiennes et canadiens en ligne. Enfin, la chronique se conclut avec la décision de la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire *Sole Cleaning c. Chu* au sujet de dénonciation sur les réseaux sociaux d'actes racistes dans le milieu de travail. Pour chacune de ces décisions, la chronique en présente les faits, les conclusions, pour ensuite en discuter la portée eu égard aux enjeux du contexte numérique.



## INTRODUCTION

Comme nous l'avons écrit ailleurs, la citoyenneté est aujourd'hui numérique<sup>1</sup>. Si la pandémie de COVID-19 a mis en évidence les nombreuses façons dont nos vies sont en effet inévitablement numériques et a intensifié la dépendance aux outils numériques, la numérisation de nos contextes de vie n'est pas nouvelle.

Depuis quelques années, tous les aspects de nos vies sont touchés d'une manière ou d'une autre par le numérique. Même pour celles et ceux qui choisissent de ne pas utiliser les technologies dans leur vie quotidienne – ou pour ceux qui n'y ont pas accès, par manque tant de ressources que de compétences nécessaires pour utiliser ces outils – sont influencés. En effet, les personnes non connectées sont également touchées par la prise de décision automatisée au sein du gouvernement – de l'évaluation des prestations, aux décisions d'immigration, au système judiciaire – et par les opérateurs privés – des offres financières à la gestion du trafic routier. La pandémie n'a fait que renforcer cette réalité, et mettre en évidence les inégalités numériques ainsi que les risques pour les utilisateurs.

Pourtant, de prime abord, si l'année 2020 a été celle du numérique, elle n'aura pas été celle des décisions en droit du numérique – de manière étonnante, surtout au regard des années précédentes. Nous pourrions développer plusieurs hypothèses sur ces raisons, mais ce n'est pas l'objet de la présente chronique. Néanmoins, si la quantité n'est pas au rendez-vous, c'est que les juges canadiens semblent avoir préféré la qualité.

Dans notre contexte numérique, pour être créateurs, apprenants, penseurs critiques, travailleurs employés ou « indépendants », citoyens, les Canadien(ne)s doivent signer – ou plutôt cliquer sur le bouton pour accepter sans les voir – de longs contrats types avant d'avoir accès aux biens et services ; y compris des services auxquels

---

1. Elizabeth Dubois et Florian Martin-Bariteau, « Introduction: Citizenship in a Connected Canada », dans Elizabeth Dubois et Florian Martin-Bariteau (dir.), *Citizenship in a Connected Canada*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2020.

ils sont obligés de recourir ; y compris les services gouvernementaux<sup>2</sup>. Dans ce contexte, notre chronique s'ouvrira sur la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Uber Technologies Inc. c. Heller*<sup>3</sup>, qui a résonné comme un coup de tonnerre non attendu dans le paysage juridique canadien. Confirmant avec éclat les timides développements de la Cour dans *Douez*<sup>4</sup> et écartant *Telus*<sup>5</sup>, la décision opère un recalibrage du droit des contrats canadiens au regard des nouvelles réalités socioéconomiques du contexte numérique. Une transformation parachevée en décembre 2020 dans une décision d'importance en droit des contrats de common law.

Dans un second temps, nous aborderons une autre décision fort attendue par les acteurs de l'économie numérique au sujet de la très critiquée *Loi canadienne antipourriel* (ci-après « LCAP »). Saisie par CompuFinder d'un recours contre la première décision de violation de la LCAP, la Cour fédérale d'appel a mis fin à une décennie de débat en confirmant la constitutionnalité du régime soumettant l'envoi de messages électroniques commerciaux à un consentement préalable<sup>6</sup>.

La chronique se poursuivra sur une discussion de la décision de la Cour fédérale dans l'affaire *Choueifaty c. Canada (Procureur général)*<sup>7</sup> en matière de brevet de logiciel. Retoquant une nouvelle fois l'interprétation stricte du Commissaire aux brevets sur la brevetabilité logicielle, la Cour rappelle au Commissaire le test à suivre.

La chronique abordera ensuite l'affaire *Commissaire à la concurrence c. Facebook*<sup>8</sup>. Bien que la décision du Tribunal de la concurrence réside dans un simple enregistrement – et ensuite une correction<sup>9</sup> – d'une entente, cette dernière est une pièce majeure dans la construction du droit de la concurrence canadien et son application à l'économie numérique qui met également en lumière l'existence

---

2. Voir, sur ce point, Marina Pavlović, « Consumers First, Digital Citizenry Second: Through the Gateway of Standard-Form Contracts », dans Elizabeth Dubois et Florian Martin-Bariteau (dir.), *Citizenship in a Connected Canada*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2020.

3. 2020 CSC 16.

4. *Douez c. Facebook Inc.*, 2017 CSC 33.

5. *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19.

6. *3510395 Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 103.

7. *Choueifaty c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 837.

8. *Facebook Inc. – Consentement enregistré* (19 mai 2020), CT-2020-004, en ligne : Tribunal de la concurrence, <<https://decisions.ct-tc.gc.ca/ct-tc/cdo/fr/item/471812/index.do>>.

9. *Facebook Inc. c. Commissaire à la concurrence*, 2020 Trib Conc 7 (CT-2020-007, modification de CT-2020-004).

peut être sous-estimée de certains outils législatifs pour permettre de protéger de manière efficace la vie privée des Canadien(ne)s.

Enfin, la chronique discutera d'un autre important phénomène sociétal de l'année 2020 : le mouvement *Black Lives Matter* sur les réseaux sociaux et la lutte contre le racisme systémique sur les lieux de travail. Dans le cadre d'une affaire opposant une organisation à une ancienne employée qui l'accusait de racisme sur les réseaux sociaux, la Cour supérieure de l'Ontario<sup>10</sup> est venue rappeler le test très strict aux termes duquel un juge peut délivrer une injonction de retrait de contenus numériques dont le caractère diffamatoire est allégué – rappelant au passage que la liberté d'expression et les questions d'intérêt public ont une valeur supérieure à la réputation d'une entreprise commerciale.

Pour chacune de ces décisions, cette chronique en présentera les faits, les conclusions, pour ensuite en discuter la portée eu égard aux enjeux du contexte numérique.

## 1. **UBER TECHNOLOGIES c. HELLER : UN NOUVEAU PARADIGME POUR LES CONTRATS ÉLECTRONIQUES**

Dans une décision du 26 juin 2020<sup>11</sup>, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans la première saison de la saga judiciaire opposant Uber, la fameuse compagnie de transport à la demande et de livraison à domicile, à ses chauffeurs sur leurs conditions de travail. Contre toute attente, la Cour suprême a estimé que la clause d'arbitrage international était abusive et nulle sous la doctrine de l'iniquité (*unconscionability*) de common law.

### A- Faits

À l'origine de l'affaire se trouve David Heller, un chauffeur de la compagnie Uber qui offre des services de livraison de nourriture à Toronto. En 2017, il a intenté une action collective au nom de tous les conducteurs Uber en Ontario afin de faire reconnaître les chauffeurs non comme des entrepreneurs indépendants, mais comme des employés au sens de la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*<sup>12</sup> de l'Ontario. Néanmoins, Uber a déposé une requête pour suspendre l'action

10. *Sole Cleaning Inc. v. Chu*, 2020 ONSC 7226.

11. *Heller c. Uber Technologies Inc.*, 2020 CSC 16.

12. L.O. 2000, c. 41.

collective en faveur de l'arbitrage aux Pays-Bas. En effet, pour devenir chauffeurs pour Uber au Canada, les personnes comme David Heller doivent « accepter » les termes d'une entente de service standardisée avec une entreprise qui élit domicile aux Pays-Bas et selon laquelle tout différend devra être résolu par médiation et arbitrage aux Pays-Bas. La procédure de médiation et d'arbitrage prévue à l'entente est prohibitive. Outre la distance géographique, elle est dispendieuse pour les chauffeurs en ce qu'elle exige le paiement de frais administratifs et d'un dépôt initial de 14 500 \$ US, outre les frais d'honoraires et d'autres frais de participation<sup>13</sup>. La Cour relève d'ailleurs que de tels frais correspondent à la totalité ou presque du revenu annuel brut qu'il gagnerait en travaillant à temps plein comme chauffeur pour cette entreprise.

En réponse à la requête en suspension, David Heller a soutenu que la clause d'arbitrage d'Uber était nulle, car, d'une part, elle violait la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi* de l'Ontario – qui interdit de s'y soustraire en faveur de l'arbitrage –, et d'autre part, elle était inique.

En première instance devant la Cour supérieure de l'Ontario<sup>14</sup>, le juge des motions a ordonné le sursis de l'instance. Soulignant qu'il s'agissait d'un contrat commercial, le juge Perrel a conclu que la validité de la convention d'arbitrage était du ressort d'un arbitre aux Pays-Bas, conformément au principe voulant que l'arbitre soit habilité à juger de sa propre compétence.

En appel, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté par Heller et annulé l'ordonnance de suspension<sup>15</sup>. Dans sa décision, la Cour a unanimement conclu que les juridictions ontariennes étaient compétentes en raison du caractère inique de la clause d'arbitrage. Le juge Nordheimer souligne que les travailleurs de l'économie de la gig sont tout aussi vulnérables que les consommateurs et devraient être protégés en raison de l'inégalité et de l'injustice de la relation sous-jacente dans les relations régies par des contrats types. Aussi, compte tenu de l'inégalité du pouvoir de négociation entre les parties et du coût prohibitif de l'arbitrage, la décision unanime conclut que la clause d'arbitrage était nulle, car inique.

---

13. *Heller c. Uber Technologies Inc.*, 2020 CSC 16, par. 2.

14. *Heller c. Uber Technologies Inc.*, 2018 ONCS 718.

15. *Heller c. Uber Technologies Inc.*, 2019 ONCA 1.



## B- Décision

Le 26 juin 2020, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision en confirmant la décision de la Cour d'appel et estimant que la clause d'arbitrage contenue dans les conditions de service d'Uber était déraisonnable, et donc inapplicable.

La première question soulevée en appel devant la Cour suprême était de savoir quelle loi s'appliquait à la demande d'Uber de suspendre la procédure collective en faveur de l'arbitrage : soit la *Loi de 2017 sur l'arbitrage commercial international*<sup>16</sup> (LACI) selon Uber, ou la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*<sup>17</sup> selon David Heller.

Sur ce point, bien que le litige oppose des parties dans deux juridictions différentes, la majorité souligne que la LACI n'a pas vocation à s'appliquer aux relations avec des consommateurs ou sur des questions d'emploi<sup>18</sup>. Or, en vertu de la *Loi de 1991*, les tribunaux peuvent notamment conserver leur compétence si la convention d'arbitrage est nulle. La Cour suprême précise à ce titre qu'un « tribunal ne devrait pas renvoyer une contestation de bonne foi de la compétence de l'arbitre à ce dernier s'il existe une réelle possibilité que, s'il le faisait, il ne soit jamais statué sur la contestation »<sup>19</sup>. À ce titre, la majorité considère, d'une part, que David Heller pose une véritable contestation de la validité de la convention d'arbitrage et, d'autre part, que les conditions et frais exigés par la procédure arbitrale choisie par Uber faisaient qu'il était fort probable que les arguments de Heller sur la compétence ne seraient jamais entendus. Ainsi, le tribunal devait plutôt trancher lui-même la question de la validité de la convention d'arbitrage.

Sur la question de la validité, la majorité rejette une approche de la doctrine de l'iniquité qui exigerait que la transaction ait été « manifestement » injuste, que le déséquilibre du pouvoir de négociation ait été « flagrant » et qu'il y ait eu intention de profiter d'une partie vulnérable<sup>20</sup>. À l'inverse, sous la plume des juges Abella et Rowe, la majorité propose de retenir un test moderne qui requiert deux critères : la présence, d'une part, d'une inégalité de pouvoir de négociation et, d'autre part, d'un marché imprudent en résultant<sup>21</sup>.

16. L.O. 2017, c. 2, ann. 5.

17. L.O. 1991, c. 17.

18. *Heller c. Uber Technologies Inc.*, 2020 CSC 16, par. 26-27.

19. *Ibid.*, par. 46.

20. *Ibid.*, par. 82.

21. *Ibid.*, par. 65.

Sur la première branche du test, la majorité a conclu qu'il y avait une inégalité manifeste du pouvoir de négociation entre Uber et Heller, notamment car ce dernier n'avait aucune capacité de négocier, se trouvait face à un géant qui avait plus de connaissances que lui, notamment quant aux conditions prohibitives de l'arbitrage. Sur la deuxième branche, la majorité considère que le marché est manifestement imprudent, tirant indûment avantage du déséquilibre contractuel et de la partie la plus faible. La majorité conclut ainsi au caractère inique de la clause d'arbitrage et, en conséquence, déclare la clause nulle et rejette l'appel avec dépens.

Il convient de souligner que la Cour d'appel avait également considéré que la clause d'arbitrage qui a pour effet, dans son application, de soustraire une réclamation liée à l'emploi de la compétence des cours ontariennes est nulle, car elle soustrait les parties aux dispositions impératives à la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi* de l'Ontario. La majorité a refusé de répondre à ce deuxième point de l'appel, laissant dès lors les conclusions de la Cour d'appel de l'Ontario intactes et, ainsi, un second rempart de protection pour les travailleurs de l'économie de la *gig*.

Dans une opinion concurrente, le juge Brown est parvenu à la même conclusion que la majorité, mais a néanmoins proposé de retenir une autre base que la doctrine de l'iniquité. Selon le juge Brown, la clause était nulle, car les éléments soulignés par la majorité portent atteinte à l'État de droit et sont incompatibles avec l'impératif d'ordre public de l'accès à la justice<sup>22</sup>. À son sens, il n'était donc pas nécessaire de recourir à la complexe doctrine de l'iniquité et d'en redéfinir les contours.

À l'opposé, dans une opinion dissidente, la juge Côté s'est livrée à un traité sur la liberté contractuelle et l'autonomie des parties, au terme duquel elle soutient le « choix » des parties à « s'accorder » sur des modes alternatifs de résolution des différends. La juge Côté considère que la majorité n'aurait pas dû créer une exception à la règle du renvoi automatique, ni redéfinir la doctrine de l'iniquité par cette approche trop libérale. Elle estime que la majorité met en danger l'économie de la *gig*, où de tels contrats sont la règle<sup>23</sup>. Si les conclusions sont similaires à celles du juge des motions et illustrent une doctrine traditionnelle et conservatrice des droits des contrats, elles sont bien à l'opposé des *huit* autres juges, plus en lien avec la

22. *Ibid.*, par. 101.

23. *Ibid.*, par. 267.

réalité de l'absence réelle de liberté contractuelle dans les contrats d'adhésion.

### C- Analyse et portée

Si la décision est d'intérêt pour les praticiens en droit des contrats, en droit de l'arbitrage ou en droit des relations de travail, c'est pour l'économie numérique qu'elle aura peut-être le plus de répercussion – en étendant une protection contre les clauses d'arbitrage international en dehors des cas restrictifs de contrats de consommation.

De nos jours, les parties peuvent être liées par les termes d'un contrat même si elles ne les lisent pas ; un simple clic sous un lien vers certaines clauses illisibles peut exprimer le consentement aux contrats les plus complexes<sup>24</sup>. Si certaines provinces, comme le Québec<sup>25</sup> ou l'Ontario<sup>26</sup>, ont mis en place des régimes de protection pour les particuliers, ces régimes sont restreints aux relations contractuelles onéreuses pour le particulier et, dès lors, excluent nombre d'accords signés tous les jours par les internautes<sup>27</sup>. Souvent, comme dans l'affaire commentée, ces « conditions d'utilisation », que les personnes peuvent difficilement lire, contiennent des clauses d'élection de for et de résolution des différends par médiation et arbitrage qui ont pour effet de dénier des droits essentiels, tels que les droits des travailleurs ou le droit à la vie privée<sup>28</sup>.

La Cour suprême avait validé de telles pratiques dans la décision *Dell c. Union des consommateurs*<sup>29</sup> (*Dell*) en 2007. En revanche, en 2017 dans l'affaire *Douez c. Facebook*<sup>30</sup> (*Douez*), la haute juridiction avait commencé à réajuster les principes contractuels à la lumière du contexte numérique, en trouvant des clauses inadmissibles et inapplicables qui empêchent un accès significatif à la justice. Dans *Douez*, la Cour avait reconnu que l'environnement contemporain des

24. Vincent Gautrais, « La couleur du consentement électronique », (2003) 16:1 *CPI* 61 ; Marina Pavlović, « Contracting Out of Access to Justice: Enforcement of Forum Selection Clauses in Consumer Contracts », (2016) 62:2 *R.D. McGill* 389, 406-409.

25. *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c P-40.1.

26. *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, c. 30, ann. A.

27. Voir, p. ex., *St Arnaud c. Facebook Inc.*, 2011 QCCS 1506.

28. Marina Pavlović, « Consumers First, Digital Citizenry Second: Through the Gateway of Standard-Form Contracts », dans Elizabeth Dubois et Florian Martin-Bariteau (dir.), *Citizenship in a Connected Canada*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2020.

29. *Dell c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34.

30. 2017 CSC 33.

contrats de consommation numérique est distinct de l'environnement commercial dans lequel les règles contractuelles se sont développées. Reconnaissant une inégalité des pouvoirs de négociation, l'opinion majoritaire de la juge Karakatsanis avait considéré qu'une clause d'élection de for ne pouvait être opposée aux utilisateurs de Facebook, car elle mettait à mal l'ordre public et l'accès à la justice en empêchant de garantir le respect de droits quasi constitutionnels comme celui à la vie privée<sup>31</sup>. Dans son opinion concordante, la juge Abella avait développé une conclusion similaire, mais sur la base de la doctrine de l'iniquité avec un test en deux étapes : l'inégalité du pouvoir de négociation et l'injustice<sup>32</sup>. La décision *Douez* avait agréablement surpris, mais aurait pu être considérée comme une anomalie. En effet, en 2019, dans la décision *TELUS Communications c. Wellman*<sup>33</sup>, la même cour avait refusé le recours à la doctrine de l'iniquité pour écarter une clause régie par la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* de l'Ontario.

La décision *Uber c. Heller* vient ainsi poursuivre le mouvement débuté par la Cour dans *Douez* pour mettre à jour de la doctrine contractuelle canadienne au regard des nouvelles réalités économiques, notamment dans le contexte numérique. Comme le soulignait Marina Pavlovic, la décision pourrait être beaucoup plus une révolution qu'elle en a l'air<sup>34</sup>. Si les décisions de 2017 ou 2018 avaient été rendues par un banc divisé à une courte majorité (4 contre 3 dans *Douez* ; 5 contre 4 dans *TELUS*), la très forte majorité de huit juges contre un dans *Uber* envoie un signal très clair : la Cour accepte désormais la nouvelle réalité de l'étendue du pouvoir de régulation discriminatoire des contrats types, notamment à l'ère de l'économie des « apps » et des plateformes.

Contrairement à la position de la juge Côté, il apparaît impératif que le paradigme actuel des contrats en tant que mécanismes de régulation économique, où la liberté contractuelle et l'autonomie des parties sont interprétées au sens large, cède la place à une vision plus large des contrats en tant que mécanismes de régulation sociale qui devraient être liés lorsqu'ils produisent des effets négatifs importants sur les parties les plus faibles. Dans la suite des décisions *Douez* et *Uber*, les tribunaux pourraient être invités à réexaminer la validité de

31. *Ibid.*, par. 73.

32. *Ibid.*, par. 115-116.

33. 2019 CSC 19.

34. Marina Pavlović, « Consumers First, Digital Citizenry Second: Through the Gateway of Standard-Form Contracts », dans Elizabeth Dubois et Florian Martin-Bariteau (dir.), *Citizenship in a Connected Canada*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2020, p. 167.

certaines clauses lorsque les contrats sont conçus pour que la partie faible échoue ou qu'ils comportent des dispositions inéquitables, ou protectrices de la partie forte, qui ne sont pas portées directement à la connaissance de la partie faible. Cela pourrait notamment concerner les clauses d'exonération de responsabilité en matière de logiciels<sup>35</sup>.

On ne peut plus considérer *Douez* ou *Uber* comme des anomalies dans le droit des contrats canadien. Ces décisions s'inscrivent en effet dans un mouvement de refonte du paradigme contractuel canadien et de rééquilibrage contractuel – en particulier dans les provinces de common law, qui n'ont pas nécessairement les mêmes protections pour les parties faibles et les situations iniques<sup>36</sup>. Il aura peut-être fallu attendre 20 ans après la décision *Dell*<sup>37</sup>, mais le mouvement est en marche. La Cour suprême a d'ailleurs poursuivi et confirmé ce mouvement quelque mois plus tard dans *CM Callow Inc. c. Zollinger*<sup>38</sup>, une deuxième grande décision en matière de bonne foi contractuelle. Bien connue des juristes civilistes, l'obligation de bonne foi s'étend sous le *Code civil du Québec* à toutes les étapes de la relation contractuelle<sup>39</sup>. Elle avait été introduite de manière limitée en common law dans la décision *Bhasin c. Hrynew*<sup>40</sup> par le juge Cromwell avec l'obligation d'exécution honnête<sup>41</sup>. Dans *CM Callow Inc. c. Zollinger*, la Cour a fait de l'obligation de bonne foi un principe d'organisation général qui sous-tend diverses règles relatives aux contrats<sup>42</sup>, tant en droit civil qu'en common law, de leur négociation à leur exécution.

La liberté contractuelle est toujours un pilier essentiel. Comme le soulignait la juge Côté, les contrats types sont des éléments essentiels de la vie des affaires. Néanmoins, comme toutes libertés... celle-ci a ces limites qui se retrouvent notamment dans la bonne foi et l'équité envers la partie cocontractante. On peut toujours faire une bonne affaire, mais on ne peut abuser de sa position de pouvoir pour limiter les droits procéduraux et substantiels !

35. Florian Martin-Bariteau et Marina Pavlovic, « AI and Contract Law », dans Florian Martin-Bariteau et Teresa Scassa, *Artificial Intelligence and the Law in Canada*, Toronto, LexisNexis Canada, 2021.

36. Voir, p. ex., à l'opposé *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991, art. 1437 (sur les clauses abusives dans les contrats d'adhésion).

37. *Dell c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34.

38. 2020 CSC 45.

39. *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991, art. 6, 7 et 1375.

40. 2014 CSC 71.

41. *Ibid.*, par. 73.

42. *CM Callow Inc. c. Zollinger*, 2020 CSC 45, par. 44-47, 68-71.

## 2. **COMPUFINDER (3510395 CANADA INC.) c. CANADA : CONSTITUTIONNALITÉ DE LA LOI CANADIENNE ANTIPOURRIEL**

Depuis sa sanction royale, la *Loi canadienne antipourriel*<sup>43</sup> (LCAP) fait débat. Le cœur de la loi est assez simple : aucun message électronique commercial (MEC) – comprendre les messages qui proposent de fournir des services, et qui font la publicité ou la promotion de ces services, ou d’une personne qui fournit ces services – ne doit être envoyé à un tiers sans son consentement préalable. Si le consentement doit généralement être exprès, il peut être implicite s’il existe une relation commerciale existante, ou si le destinataire a publié ses coordonnées en ligne, ou directement à l’expéditeur, sans mentionner qu’il ne souhaitait pas être sollicité<sup>44</sup>. Au-delà du consentement, le message doit fournir l’identité et les coordonnées de la personne qui a envoyé le message et, le cas échéant, de la personne au nom de laquelle il est envoyé ; et prévoir un mécanisme de désabonnement, sans frais, et aussi simple que le mécanisme d’abonnement<sup>45</sup>. À l’image de son titre, la loi est un peu mélangeante, avec des exceptions aux exceptions, des règlements d’applications à venir... et surtout d’importantes sanctions pour les compagnies qui ne respecteraient les dispositions.

L’un des principaux angles d’attaque, comme souvent lorsque le gouvernement fédéral essaie d’imposer des règles strictes à une nouvelle industrie, était le caractère *ultra vires* des dispositions. À cela s’ajoutait un argument d’atteinte à la liberté d’expression commerciale protégée par la Charte canadienne. Néanmoins, dans une décision fort attendue du 5 juin 2020<sup>46</sup>, la Cour d’appel fédérale a mis fin à une décennie de suspense en confirmant la constitutionnalité des dispositions contestées.

### A- Faits

En mars 2015, CompuFinder avait reçu un avis de violation de la LCAP et une sanction administrative de 1 100 000 \$ pour l’envoi

43. *Loi visant à promouvoir l’efficacité et la capacité d’adaptation de l’économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l’exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la loi sur la concurrence, la loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la loi sur les télécommunications*, L.C. 2010, c. 23.

44. *Ibid.*, art. 10(9).

45. *Ibid.*, art. 6(2).

46. *3510395 Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 103.

de MEC non conformes dans le cadre de plusieurs campagnes publicitaires. Il était notamment reproché à CompuFinder, d'une part, de n'avoir pas obtenu le consentement des destinataires avant de leur transmettre les MEC, en contravention avec l'alinéa 6(1)a) de la Loi, et, d'autre part, de ne pas avoir prévu pour certains MEC un mécanisme de désabonnement sous la forme d'un lien fonctionnel, en contravention avec l'alinéa 6(2)c) de la Loi.

Contestant le procès-verbal de violation devant le CRTC, CompuFinder niait avoir enfreint la Loi, invoquant notamment la partialité de la part du personnel ayant enquêté sur ses activités, et s'était plainte d'une communication préalable inadéquate dans le cadre de l'instance. Au surplus, CompuFinder soulevait le caractère inconstitutionnel des dispositions statutaires, qui seraient *ultra vires*. Dans deux décisions rendues le 19 octobre 2017, le CRTC a confirmé d'une part le caractère constitutionnel de la Loi<sup>47</sup> et d'autre part la constitution des violations<sup>48</sup>.

En vertu de l'article 27(1) de la LCAP, CompuFinder a fait appel de la décision du CRTC devant la Cour d'appel fédérale avec deux moyens constitutionnels. Tout d'abord, CompuFinder a renouvelé l'argument selon lequel les dispositions relatives aux MEC sont *ultra vires* pour le pouvoir fédéral en ce qu'elles relèvent de la compétence provinciale, notamment quant aux questions de biens et de libertés civiles. En outre, CompuFinder soutenait que les dispositions de la LCAP restreignant les modalités d'envois de MEC portaient une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression prévue à l'article 2b) de la Charte canadienne<sup>49</sup>.

## B- Décision

Dans une décision du 5 juin 2020, la Cour d'appel fédérale confirme la constitutionnalité de la législation – tant sur le fondement de la compétence fédérale que sur le respect de la Charte canadienne.

---

47. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, 510395 *Canada Inc., exerçant ses activités sous le nom de Compu.Finder – Contestation constitutionnelle de la Loi canadienne anti-pourriel*, Décision de Conformité et Enquêtes CRTC 2017-367 (19 octobre 2017), en ligne : <<https://crtc.gc.ca/fra/archive/2017/2017-367.htm>>.

48. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, 3510395 *Canada Inc., exerçant ses activités sous le nom de Compu.Finder – Violations de la Loi canadienne anti-pourriel*, Décision de Conformité et Enquêtes CRTC 2017-368 (19 octobre 2017), en ligne : <<https://crtc.gc.ca/fra/archive/2017/2017-368.htm>>.

49. *Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi sur le Canada*, 1982, c. 11 (RU).

En appliquant l'analyse du partage des pouvoirs développée par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*<sup>50</sup>, la Cour d'appel considère que les dispositions de la LCAP sur les MEC constituent un exercice valide du pouvoir général du Parlement en matière de trafic et de commerce<sup>51</sup>.

CompuFinder faisait valoir le véritable objectif de la LCAP était de réglementer tous les messages non sollicités en général et dépassait le cadre des échanges et du commerce en permettant d'intercepter des messages n'ayant qu'un objectif commercial négligeable et des messages purement locaux<sup>52</sup>. Rejetant l'argument, la Cour a estimé que, comme le commerce électronique imprègne l'économie canadienne et n'est pas limité à une industrie ou à un secteur spécifique, la LCAP s'intéresse au commerce dans son ensemble<sup>53</sup>. La Cour a souligné que l'intention du Parlement était de « créer un régime réglementant l'envoi de MEC pour empêcher que de telles pratiques nuisent à la cyberéconomie et entraînent des coûts pour les entreprises et les consommateurs, ainsi que pour protéger les renseignements confidentiels et préserver la confiance des Canadiens dans le commerce électronique »<sup>54</sup>.

La Cour considère encore que la LCAP n'empiète pas sur la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils et que le régime n'affecte pas les conditions des contrats de vente entre les expéditeurs et les destinataires des MEC<sup>55</sup>. De même, la Cour a noté que le régime ne « réglemente pas les contrats d'un secteur ou d'un commerce en particulier », mais la très grande diversité des entreprises et des commerces qui participent au commerce électronique<sup>56</sup>. De plus, la Cour estime encore que la LCAP n'empiète pas sur le pouvoir des provinces en matière de pratiques déloyales, car les provinces sont libres d'aborder tout aspect de la protection des consommateurs ou de la commercialisation des MEC, ou de construire des régimes plus généraux<sup>57</sup>. Enfin, bien que la LCAP pourrait avoir pour effet de s'appliquer à certains MEC intraprovinciaux, la Cour suprême estime qu'il s'agit d'un effet accessoire et résiduel qui n'a pas d'incidence sur la validité de la législation<sup>58</sup>.

50. 2011 CSC 66.

51. *3510395 Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 103, par. 116-129.

52. *Ibid.*, par. 52.

53. *Ibid.*, par. 105.

54. *Ibid.*, par. 94.

55. *Ibid.*, par. 107.

56. *Ibid.*, par. 105.

57. *Ibid.*, par. 101.

58. *Ibid.*, par. 109.



Sur le deuxième volet du recours, regardant une atteinte à liberté d'expression protégée en vertu de l'article 2 de la Charte, le juge Nadon a conclu qu'« il ne fait aucun doute [...] que l'objectif de promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation des MEC, lesquels peuvent avoir les effets perniciox énoncés aux alinéas 3a) à d) »<sup>59</sup>, tels que compromettre la vie privée et la sécurité des informations confidentielles, et saper la confiance des Canadiens dans l'utilisation des moyens de communication électroniques, est urgent et substantiel.

La Cour a estimé que le régime de la MEC n'est pas trop large lorsque son objectif législatif propre est en jeu, et qu'il est rationnellement lié à son objectif. Elle a noté que le régime des MEC ne crée pas une « interdiction absolue » pour tous les MEC, mais qu'il prescrit seulement les moyens d'adopter le comportement réglementé en obtenant le consentement des destinataires et en incluant une fonction de désabonnement et les coordonnées de l'expéditeur<sup>60</sup>. Le régime des MEC est en outre adapté par plusieurs exclusions et exceptions, par exemple qu'il ne réglemente pas la diffusion d'informations sur la sécurité ou le rappel de produits. La Cour a estimé qu'un large éventail de messages commerciaux au-delà de ceux qui sont les plus préjudiciables et les plus trompeurs pourrait porter atteinte aux objectifs du Parlement et sont donc couverts, à juste titre, par la LCAP<sup>61</sup>.

CompuFinder faisait notamment valoir que des solutions de remplacement moins préjudiciables comme le modèle américain de refus *a posteriori* (*opt out*) répondraient à l'objectif de se prémunir contre les formes de pourriel les plus dommageables et les plus trompeuses. Procédant à l'analyse de caractère raisonnable et minimal de l'atteinte sous l'article premier de la Charte, la Cour n'a pas été convaincue que l'adoption d'un modèle de refus *a posteriori* comme aux États-Unis ou en Australie permettrait de remplir et de protéger les objectifs de la loi de donner aux entreprises et aux consommateurs le contrôle de leur boîte de réception et de leurs ordinateurs. Ainsi, bien que le modèle de consentement préalable porte davantage atteinte à la liberté d'expression qu'un modèle de refus *a posteriori*, la Cour considère qu'il s'agit d'une atteinte raisonnable et qu'il existe une proportionnalité entre les avantages du régime de la LCAP et ses effets délétères.

---

59. *Ibid.*, par. 161.

60. *Ibid.*, par. 166.

61. *Ibid.*, par. 168.

### C- Analyse et portée

Si, évidemment, la décision aura déçu les ardents défenseurs de la liberté commerciale, elle aura réjoui les défenseurs des intérêts des consommateurs et de la protection de la vie privée. La *Loi canadienne antipourriel* n'est pas née *ex nihilo*. Elle a été édictée pour répondre à un besoin urgent et à un fléau des échanges électroniques. En ce sens, la décision de la Cour d'appel ne surprend pas. Il s'agissait très certainement d'une compétence fédérale étant donné que le régime vise très précisément les messages à caractère commercial. De même, la décision s'inscrit pleinement, à notre sens, dans l'approche canadienne de la liberté d'expression – certes plus nuancée que nos voisins au sud du 49<sup>e</sup> parallèle.

La liberté d'expression est en effet protégée en vertu de l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>62</sup> et la Cour suprême du Canada a souligné que cette protection était « fondamentale parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu »<sup>63</sup>.

Cependant, comme le souligne la Cour, au titre de l'article premier de la Charte canadienne, la protection des droits et libertés constitutionnels n'est cependant pas absolue et peut faire l'objet de restrictions « dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »<sup>64</sup>. Néanmoins, la Cour suprême du Canada n'autorise que des atteintes raisonnables selon le test en deux étapes édicté dans la décision *Oakes*<sup>65</sup> : il faut d'une part que la restriction réponde à une préoccupation urgente et réelle et d'autre part que les moyens mis en œuvre soient raisonnables et proportionnels.

Au fil des années, la Cour suprême du Canada a ainsi développé une approche nuancée de liberté d'expression<sup>66</sup>, au titre de laquelle toutes les expressions ne sont pas dignes de la même protection et toutes restrictions de la liberté d'expression n'ont pas la

62. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi sur le Canada*, 1982, c. 11 (RU).

63. *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 968.

64. *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1.

65. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

66. Voir, généralement, Jamie Cameron et Nathalie Des Rosiers, « Chapitre 35. The Right to Protest, Freedom of Expression, and Freedom of Association », dans Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford UK, Oxford University Press, 2017, p. 737.

même gravité<sup>67</sup>. Ainsi, il est possible de justifier une interférence d'expression éloignée avec les valeurs fondamentales de la liberté d'expression<sup>68</sup>. Sous cette approche, la prohibition de la diffamation<sup>69</sup> et des discours haineux<sup>70</sup> a ainsi été considérée comme une atteinte raisonnable.

À plusieurs reprises, la Cour suprême du Canada a considéré que la liberté d'expression commerciale faisait partie intégrante des libertés d'expression constitutionnellement protégées<sup>71</sup>. Néanmoins, cette liberté semble plus limitée – peut-être car moins en lien avec les valeurs fondamentales soulignées par la Cour dans la décision *Keegstra*<sup>72</sup>. Ainsi, la Cour suprême a tendance à faire prévaloir la protection du public – notamment en matière de santé et sécurité – sur la restriction des intérêts économiques et la protection des profits des titulaires des droits ou de groupes d'intérêts<sup>73</sup>.

Il semble que la Cour d'appel fédérale ait suivi cette approche nuancée et limitée de la liberté d'expression commerciale. Selon l'analyse, l'atteinte était raisonnable, car elle était le seul moyen de remplir l'objectif de protection du public visé par la LCAP – une préoccupation urgente et sérieuse qui permet de sauver la disposition sous l'article premier de la Charte. La décision montre d'ailleurs l'importance de caractériser l'atteinte au regard des objectifs de la loi. C'est sur ce point particulier que CompuFinder a échoué à démontrer qu'il existait un autre moyen de remplir l'objectif de protection du public qui rendrait l'atteinte de la LCAP à la liberté commerciale non nécessaire.

Le régime des MEC de la LCAP est donc là pour rester. Reste maintenant à voir si le gouvernement fédéral se sentira enfin poussé à

67. *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, par. 128-129.

68. *RJR-MacDonald c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 73 ; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, par. 76.

69. *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439.

70. *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11 ; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

71. *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 766-767 ; *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 967-971.

72. La protection de la liberté d'expression est dite reposer sur trois valeurs fondamentales : la recherche de la vérité, l'épanouissement personnel en formant et articulant des pensées et des idées et la participation à la prise de décision sociale et politique, voir : *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 728.

73. *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30 ; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232 ; *RJR-MacDonald c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 ; *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

édicter les fameux règlements d'application qui rendent, pour l'heure, la majorité de la loi sans effet.

Enfin, il convient de rappeler que, si le débat sur la constitutionnalité du régime des MEC semble aujourd'hui clos, l'affaire ne dit rien des autres dispositions de la LCAP et notamment du mystérieux et souvent oublié article 8, relatif à l'installation de logiciel sans le consentement de l'utilisateur.

### 3. *CHOUEIFATY c. CANADA* : NOUVELLE APPROCHE DE LA BREVETABILITÉ DES LOGICIELS

Depuis des décennies, la brevetabilité des inventions logicielles fait débat et les interprétations restrictives de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada sont critiquées. Cette saga interprétative a connu un nouvel épisode l'année dernière. Dans une décision fort attendue du 21 août 2020<sup>74</sup>, la première sur cette question en sept ans, la Cour fédérale a offert une nouvelle approche de la brevetabilité considérant que le test développé par le Commissaire aux brevets n'était pas conforme à la *Loi sur les brevets*<sup>75</sup>.

#### A- Faits

Yves ChouEIFaty avait déposé la demande de brevet 2 635 393, intitulée « Méthode et systèmes permettant la fourniture d'un portefeuille anti-repère », revendiquant une invention qui consiste à mettre en œuvre par ordinateur une nouvelle méthode de sélection et d'évaluation d'éléments d'actif d'un portefeuille de placement qui réduit le plus possible les risques sans avoir d'incidence sur les rendements<sup>76</sup>.

Une examinatrice de brevets a conclu à deux reprises que la demande de brevet devrait être rejetée, car l'objet des revendications ne correspondait pas à la définition d'une invention au sens de la *Loi sur les brevets*. Saisie de la demande, la Commission d'appel des brevets a confirmé les conclusions de l'examinatrice.

Selon la « Pratique d'examen au sujet des inventions mises en œuvre par ordinateur – PN 2013-03 »<sup>77</sup>, le Commissaire considère que l'objet de l'invention est conforme à la loi dans les cas où un ordinateur

74. *ChouEIFaty c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 837.

75. L.R.C. (1985), ch. P-4.

76. *ChouEIFaty c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 837, par. 3-4.

77. *Ibid.*, par. 17.

est un élément essentiel d'une revendication. Pour déterminer les éléments essentiels des revendications du brevet, le panel a utilisé la critiquée méthode « problème-solution » prévue dans le *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*<sup>78</sup> de l'OPIIC. Selon cette méthode, les éléments essentiels d'une revendication sont ceux qui sont nécessaires pour réaliser la solution divulguée à un problème relevé.

Appliquant cette approche, le panel a considéré que les éléments essentiels ne visaient qu'« un schéma ou un ensemble de règles qui impliqu[ai]ent simplement des calculs ». Ainsi, le panel a conclu que les revendications portaient essentiellement sur un algorithme qui était une « procédure d'optimisation » et non une « mise en œuvre par ordinateur » qui améliorerait la vitesse de traitement. En l'absence d'ordinateur comme élément essentiel des revendications, le panel confirme la décision de rejet de l'examinatrice, car l'objet des revendications est exclu du champ de la brevetabilité. Souscrivant à l'analyse, le Commissaire a par la suite définitivement rejeté la demande de brevet au motif que les revendications proposées ne divulguaient pas une « invention » au sens de l'article 2 de la *Loi sur les brevets*.

Le demandeur a fait appel de la décision devant la Cour fédérale en arguant que le Commissaire avait commis une erreur en recourant au mauvais critère d'analyse – la méthode « problème-solution » – pour déterminer les éléments essentiels de l'invention revendiquée. À titre subsidiaire, le demandeur soutient que, s'il s'agissait de la bonne méthode d'analyse, le Commissaire a commis une erreur lorsqu'il a interprété la méthode « problème-solution » en ne concluant pas que les éléments essentiels comportaient un ordinateur.

## B- Décision

Dans une décision du 21 août 2020, la Cour fédérale a accueilli l'appel et conclu que le Commissaire avait commis une erreur dans la détermination des éléments essentiels de l'invention revendiquée en appliquant la méthode « problème-solution ».

Selon la Cour, le Commissaire aurait dû s'en tenir à la méthode d'interprétation téléologique développée par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*<sup>79</sup> et *Free World*

78. Office de la propriété intellectuelle du Canada, *Recueil des pratiques du Bureau des brevets* (Octobre 2009) à la sect 13.05.02c, en ligne : <<https://manuels-manuals.opic-cipo.gc.ca/w/ic/MOPOP-fr>>.

79. 2000 CSC 67.

*Trust c. Électro Santé inc.*<sup>80</sup>. Selon cette méthode, un élément revendiqué est essentiel si, d'une part, il était évident pour un lecteur averti que le fait de changer un élément particulier aurait un effet sur la manière dont l'invention fonctionne et, d'autre part, l'inventeur avait l'intention, selon les dispositions expresses ou inférées des revendications, que l'élément soit essentiel.

La Cour considère que la méthode « problème-solution » employée par le Commissaire ne tient pas compte de l'intention de l'inventeur. Le juge Zinn considère que les revendications doivent être interprétées en fonction du sens présumé voulu par l'inventeur, et d'une manière favorable à la réalisation du but de l'inventeur exprimé dans, ou inféré de, l'énoncé des revendications. À ce titre, l'appel est accueilli du fait d'une erreur manifeste dans l'appréciation du Commissaire des brevets et la Cour fédérale a ordonné au Commissaire de réévaluer la demande conformément au test des arrêts *Free World Trust et Whirlpool*.

Il convient de noter qu'ayant répondu positivement à la première question d'appel, la Cour ne s'est pas prononcée sur la deuxième question. Néanmoins, le juge Zinn a noté que la décision du Commissaire n'avait pas tenu compte de l'affirmation du demandeur selon laquelle le but des secondes revendications proposées était d'améliorer le traitement informatique. La Cour a déclaré que cet aspect de l'invention nécessitait un examen plus approfondi par le commissaire.

### C- Analyse et portée

Comme nous l'indiquions en ouverture, cette décision est la dernière d'une longue bataille autour de l'exclusion, sous quelques exceptions, des programmes logiciels du champ de la brevetabilité par le Commissaire aux brevets canadien. La décision de la Cour fédérale est d'intérêt à plusieurs égards, non seulement car elle vient rebattre les cartes de la brevetabilité logicielle au Canada... mais aussi car le Commissaire a presque immédiatement émis un avis de changement de pratique – du moins en apparence.

Selon la *Loi sur les brevets*, un simple principe scientifique ou théorème abstrait ne peut faire l'objet d'un brevet<sup>81</sup>. Ainsi, dans

80. 2000 CSC 66.

81. *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 27(8).

l'affaire *Schlumberger*<sup>82</sup>, la Cour d'appel fédérale avait statué qu'un procédé permettant de recueillir, d'enregistrer et d'analyser des données à l'aide d'un ordinateur pouvait être considéré comme une formule mathématique et, en tant que théorème abstrait, ne pouvait donc faire l'objet d'un brevet<sup>83</sup>. La Cour d'appel avait également considéré que le fait qu'un ordinateur soit ou doive être utilisé pour mettre en œuvre une telle formule mathématique ne change pas la nature de la revendication<sup>84</sup>. Ainsi, de longue date, le *Recueil des pratiques du Bureau des brevets* déclare qu'« un programme d'ordinateur (logiciel), revendiqué en soi, comme un plan théorique ou un ensemble de règles d'exploitation d'un ordinateur [...]. En conséquence, il ne s'agit pas d'une invention au sens de l'article 2 de la *Loi sur les brevets* »<sup>85</sup>.

L'interprétation restrictive du Commissaire aux brevets avait été rejetée par la Cour d'appel fédérale dans la célèbre décision *Amazon*<sup>86</sup>. La Cour avait alors demandé au Commissaire de réexaminer la demande de brevet sur la méthode d'achat « en un clic » selon l'approche téléologique<sup>87</sup>, telle que développée par la Cour suprême du Canada dans les décisions *Free World Trust*<sup>88</sup> et *Whirlpool*<sup>89</sup>. Selon le juge Sharlow, une invention pourrait être brevetable si la méthode abstraite n'est pas l'invention entière, mais seulement l'un des éléments essentiels d'une combinaison nouvelle<sup>90</sup>. La décision avait également développé la fameuse exigence de « caractère matériel »<sup>91</sup> demandant la mise en œuvre d'un objet matériel ou un changement perceptible de nature. C'est en réponse à cette exigence de matérialité que le demandeur dans l'affaire commentée soulignait le rôle d'un ordinateur dans l'invention.

À la suite de la décision *Amazon*, le *Recueil des pratiques du Bureau des brevets* avait été modifié pour préciser qu'« un logiciel peut faire l'objet d'une revendication visant la mémoire physique qui

82. *Schlumberger Canada Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [1982] 1 CF 845 (CAF).

83. *Ibid.*, par. 5.

84. *Ibid.*

85. Office de la propriété intellectuelle du Canada, *Recueil des pratiques du Bureau des brevets* (Octobre 2010) à la sect 22.08.04, en ligne : <<https://manuels-manuals.opic-cipo.gc.ca/w/ic/MOPOP-fr>>.

86. *Canada (Procureur général) c. Amazon.com*, 2011 CAF 328.

87. *Ibid.*, par. 75.

88. *Free World Trust c. Électro Santé inc.*, 2000 CSC 66.

89. *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67.

90. *Canada (Procureur général) c. Amazon.com*, 2011 CAF 328, par. 63.

91. *Ibid.*, par. 65-66.

stocke le programme d'ordinateur »<sup>92</sup>. Ainsi, « lorsque le programme d'ordinateur ferait en sorte que le dispositif qu'il commande apporte une solution technique à un problème technologique, la "mémoire physique modifiée par le logiciel" est alors un élément distinct simple »<sup>93</sup>. Le programme peut alors être considéré comme nouveau et inventif, et la revendication, brevetable.

Néanmoins, le Commissaire avait conservé l'approche « problème-solution », qui trouve ses racines dans l'idée que les inventions sont des solutions à des problèmes pratiques<sup>94</sup>, et considérait que pour identifier les éléments essentiels de l'invention, il fallait reconnaître ceux qui proposent une « solution inventive » au problème énoncé<sup>95</sup>. C'est le recours à cette méthode qui faisait l'objet du litige et qui a été très clairement rejeté par la Cour comme ne répondant pas aux enseignements de la Cour suprême du Canada dans *Free World Trust* et *Whirlpool*.

La décision de la Cour dans *Chouefaty* devrait permettre aux demandeurs de brevets pour des inventions mises en œuvre par ordinateur et des méthodes de diagnostic d'éviter ou de surmonter plus facilement les refus d'admissibilité de l'objet au cours de la procédure. À une époque d'intelligence artificielle, d'informatique quantique et de santé numérique, il s'agit d'une décision qui fera certainement date.

D'ailleurs, l'effet pratique de la décision ne s'est pas fait attendre très longtemps – et le Commissaire aux brevets semble avoir entendu clairement le juge Zinn. En effet, le 3 novembre 2020, l'Office de la propriété intellectuelle du Canada a publié de nouvelles directives quant à l'« Objet brevetable en vertu de la *Loi sur les brevets* »<sup>96</sup> qui viennent modifier le Recueil des pratiques. Tout d'abord, l'avis

92. Office de la propriété intellectuelle du Canada, *Recueil des pratiques du Bureau des brevets* (Octobre 2010) à la sect 22.08.04, en ligne : <<https://manuels-manuals.opic-cipo.gc.ca/w/ic/MOPOP-fr>>.

93. Office de la propriété intellectuelle du Canada, *Recueil des pratiques du Bureau des brevets* (Octobre 2010) à la sect 22.08.04, en ligne : <<https://manuels-manuals.opic-cipo.gc.ca/w/ic/MOPOP-fr>>.

94. *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 CSC 77, par. 37.

95. Office de la propriété intellectuelle du Canada, « Pratique d'examen au sujet de l'interprétation téléologique – PN2013-022 » (8 mars 2013), en ligne : <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr03626.html>> ; Office de la propriété intellectuelle du Canada, « Pratique d'examen au sujet des inventions mises en œuvre par ordinateur – PN 2013-03 » (8 mars 2013), en ligne : <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr03627.html>>.

96. Office de la propriété intellectuelle du Canada, « Objet brevetable en vertu de la *Loi sur les brevets* » (3 novembre 2020), en ligne : <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr04860.html>>.



demande aux examinateurs que l'« identification de l'invention réelle » « soit être fondée sur une interprétation téléologique de la revendication »<sup>97</sup>. Si la formulation peut donner espoir aux inventeurs... l'avis précise néanmoins qu'un « élément d'une invention revendiquée qui est identifié comme essentiel pour ériger les clôtures du monopole dans l'interprétation téléologique ne fait pas nécessairement partie de l'invention réelle ». Concernant la mise en œuvre par ordinateur, l'avis indique que l'examineur doit d'une part « considérer si l'ordinateur coopère avec d'autres éléments de l'invention revendiquée et s'il fait donc partie d'une seule invention réelle » et d'autre part « si cette invention réelle a une existence physique ou manifeste un effet ou un changement physique discernable et qui se rapporte aux réalisations manuelles ou industrielles ». Ainsi, « l'emploi de l'ordinateur ne sera pas suffisant pour rendre l'idée désincarnée, le principe scientifique ou les conceptions théoriques en un objet brevetable ».

L'espoir aura donc été de courte durée pour les inventeurs. Si l'avis apporte certaines nuances aux pratiques précédentes, le résultat semble en fin de compte plus cosmétique que ce que les inventeurs auraient pu espérer des suites de la décision de la Cour fédérale. En attendant le prochain recours...

### **3. COMMISSAIRE À LA CONCURRENCE c. FACEBOOK : NOUVEL ENCADREMENT DES PLATEFORMES EN MATIÈRE DE VIE PRIVÉE**

À la suite d'une enquête entamée en octobre 2018, le Commissaire à la concurrence du Canada a conclu à violation par Facebook de la *Loi sur la concurrence*<sup>98</sup> pour ses pratiques d'information et de consentement en matière de vie privée, qui constituent des pratiques commerciales trompeuses. Dans une décision *Commissaire à la concurrence c. Facebook*<sup>99</sup> du 19 mai 2020, le Tribunal de la concurrence a approuvé un accord entre les parties condamnant la plateforme de réseautage social à d'importantes pénalités et obligations de mise en conformité – du moins d'un point de vue canadien,

97. *Ibid.* (nos italiques).

98. L.R.C. (1985), ch. C-34.

99. *Facebook Inc. – Consentement enregistré* (19 mai 2020), CT-2020-004, en ligne : Tribunal de la concurrence, <<https://decisions.ct-tc.gc.ca/ct-tc/cdo/fr/item/471812/index.do>>. La décision a été ensuite modifiée pour des corrections mineures par *Facebook Inc. c. Commissaire à la concurrence*, 2020 Trib Conc 7 (CT-2020-007, modification de CT-2020-004).

où la plateforme opérait jusqu'à présent sans qu'une agence puisse vraiment déranger ses pratiques<sup>100</sup>.

### **A- Faits**

Les faits visés dans l'affaire couvrent la période allant d'août 2012 à juin 2018<sup>101</sup> et portaient sur l'information que Facebook fournissait aux utilisateurs sur les personnes qui pouvaient accéder aux renseignements personnels des utilisateurs, sur la capacité des utilisateurs à contrôler qui voit leurs renseignements personnels (comme le nom, la date de naissance, etc.) et sur les tiers développeurs d'applications avec lesquels Facebook partageait les renseignements personnels des utilisateurs.

Selon le Commissaire, Facebook a donné l'impression que les utilisateurs de sa plateforme pouvaient limiter l'accès à leurs renseignements personnels et leur consultation à l'aide de fonctionnalités de protection des renseignements personnels, comme la page générale des « Paramètres de confidentialité », la page « À propos » et le menu de sélection d'audience des publications, entre autres.

Néanmoins, Facebook n'a pas limité le partage de renseignements personnels – comprenant notamment du contenu que les utilisateurs avaient publié sur Facebook, des messages que les utilisateurs s'étaient échangés sur Messenger et d'autres renseignements à propos d'utilisateurs identifiables – de ses utilisateurs auprès de certains développeurs tiers.

Facebook a également permis à certains développeurs tiers d'accéder aux renseignements personnels d'amis d'utilisateurs une fois que ces derniers avaient installé certaines applications de tierces parties. Bien que Facebook ait indiqué qu'elle ne permettrait plus un tel accès aux renseignements personnels d'amis d'utilisateurs après le 30 avril 2015, cette pratique s'est poursuivie jusqu'en 2018 avec certains développeurs tiers.

---

100. Voir, par exemple, Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, « Facebook refuse de remédier à des lacunes graves en matière de protection de la vie privée malgré s'être excusée publiquement d'avoir commis un "abus de confiance" » (25 avril 2019), en ligne : <[https://www.priv.gc.ca/fr/nouvelles-du-commissariat/nouvelles-et-annonces/2019/nr-c\\_190425/](https://www.priv.gc.ca/fr/nouvelles-du-commissariat/nouvelles-et-annonces/2019/nr-c_190425/)>.

101. *Facebook Inc. – Consentement enregistré* (19 mai 2020), CT-2020-004, par. 1, en ligne : Tribunal de la concurrence, <<https://decisions.ct-tc.gc.ca/ct-tc/cdo/fr/item/471812/index.do>>.

Sur la base de ces contestations, le Commissaire a conclu que ces pratiques étaient constitutives de représentations trompeuses important, ce qui est contraire aux dispositions civiles sur la publicité trompeuse de la *Loi sur la concurrence*<sup>102</sup>.

## B- Décision

Le 19 mai 2020, le Tribunal de la concurrence a entériné une entente entre le Commissaire à la concurrence du Canada et Facebook Inc pour mettre fin aux procédures relatives aux pratiques commerciales trompeuses alléguées par le Commissaire du fait des déclarations faites par Facebook Inc. aux utilisateurs de Facebook et de Facebook Messenger concernant la vie privée et le partage des informations personnelles.

L'entente ne contient aucune reconnaissance de Facebook, tant sur les faits que sur les conclusions du Commissaire quant à la violation de la *Loi sur la concurrence*. Néanmoins, aux termes de l'entente, Facebook Inc. a accepté de payer, dans un délai de 30 jours, une sanction administrative pécuniaire de neuf millions de dollars, plus 500 000 \$ pour couvrir les frais engagés par le commissaire dans le cadre de l'enquête<sup>103</sup>.

En outre, Facebook a accepté des sanctions non pécuniaires de mises en conformité. Facebook Inc a accepté de se conformer à la *Loi sur la concurrence* en ne faisant pas de déclarations trompeuses au sujet de la divulgation des renseignements personnels des utilisateurs ou du contrôle des utilisateurs sur l'accès à leurs renseignements personnels<sup>104</sup>. Facebook Inc. s'engage également à développer un programme de mise en conformité qui sera revu par le Commissaire et pour lequel les dirigeants principaux devront signer une lettre d'engagement formel dans un délai de 21 jours<sup>105</sup>. Facebook Inc doit également fournir une attestation signée de chacun des dirigeants principaux de l'entreprise confirmant qu'ils ont pris connaissance de l'entente ainsi qu'ils ont lu la partie VII.1 de la *Loi sur la concurrence* relative aux pratiques commerciales trompeuses<sup>106</sup>. De plus, Facebook Inc accepte de fournir dans un délai de 45 jours au Commissaire à la concurrence les rensei-

102. L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 74.01 et s.

103. *Facebook Inc. – Consentement enregistré* (19 mai 2020), CT-2020-004, par. 3-4, en ligne : Tribunal de la concurrence, <<https://decisions.ct-tc.gc.ca/ct-tc/cdo/fr/item/471812/index.do>>.

104. *Ibid.*, par. 2.

105. *Ibid.*, par. 6.

106. *Ibid.*, par. 9-10.

gnements relatifs à toute question qu'il poserait en lien avec le respect des stipulations de l'entente<sup>107</sup>.

### C- Analyse et portée

On pourrait faire un article entier autour de cette affaire et des opportunités et défis qu'elle présente pour réguler l'économie numérique<sup>108</sup>. L'entente entre Facebook Inc. et le Commissaire à la concurrence est en effet d'intérêt sur plusieurs aspects.

Tout d'abord, elle donne un aperçu de la manière dont la *Loi sur la concurrence* – et le droit canadien – pourrait être appliquée aux grands acteurs de l'économie des plateformes... et laisse espérer un plus grand engagement du Bureau de la concurrence du Canada sur ces dossiers. Ensuite, et surtout, l'affaire montre que le Canada a peut-être enfin un régulateur et un arsenal législatif permettant, dans certains cas, de protéger et – le cas échéant – de sanctionner les atteintes à la vie privée au Canada... jusqu'à ce que les gouvernements provinciaux et fédéraux mettent en place de véritables cadres de protection dédiés.

Contrairement à ses homologues états-uniens, le Bureau n'a traditionnellement pas été un acteur de premier plan sur les dossiers numériques – et a même été un régulateur relativement silencieux au regard des pouvoirs qu'il détient. Face à l'inaction ou au manque de pouvoirs des autres régulateurs canadiens, le Bureau envoie un signal fort avec cette sanction de Facebook. Bien qu'il s'agisse de la première sanction, il est fort probable que cela ne soit pas la dernière. En effet, la sanction semble être la première pierre qui permet au Bureau de mettre en lumière la nouvelle mission qu'il s'est donnée dans sa vision stratégique *La concurrence à l'ère numérique*<sup>109</sup> publiée en février 2020. Faisant suite au Forum des données tenu en mai 2019<sup>110</sup>, la vision 2020-2024 du Bureau est devenue « un organisme de

107. *Ibid.*, par. 11.

108. Voir, à ce sujet, Jennifer Quaid, « AI and Competition Law », dans Florian Martin-Bariteau et Teresa Scassa, *Artificial Intelligence and the Law in Canada*, LexisNexis Canada, 2021, p. 153.

109. Bureau de la concurrence du Canada, « La concurrence à l'ère numérique Vision stratégique du Bureau de la concurrence pour 2020-2024 » (11 février 2020), en ligne : <<https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04513.html>>.

110. Bureau de la concurrence du Canada, « Faits saillants du Forum des données du Bureau de la concurrence » (30 août 2019), en ligne : <<https://www.bureau delaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04492.html>>.

la concurrence de calibre mondial, qui est à *l'avant-garde de l'économie numérique* et qui favorise une culture axée sur la concurrence au Canada »<sup>111</sup>. L'affaire *Facebook* donne ainsi un aperçu de la manière dont le Bureau peut appliquer ses outils – et notamment les règles en matière de pratiques commerciales – aux conditions d'utilisation et aux asymétries de pouvoirs dans l'économie numérique.

L'entente mentionne explicitement que la conduite de Facebook est assujettie à la Loi parce que ses déclarations relatives à la protection de la vie privée ont été faites aux utilisateurs dans le but de promouvoir ses intérêts commerciaux, même lorsqu'aucune somme d'argent n'entre en jeu. Comme le souligne le Bureau dans son communiqué, « [l]a Loi s'applique tant aux produits numériques "gratuits" qu'aux produits et services achetés par les consommateurs »<sup>112</sup>. C'est un autre point de rappel en matière d'économie numérique et d'asymétrie de pouvoirs, notamment vis-à-vis des plateformes comme Facebook dont les services au grand public sont majoritairement gratuits. Cette gratuité a permis aux géants du Web de se soustraire aux différentes lois de protection des consommateurs, et, avec elles, au droit canadien dans son ensemble<sup>113</sup>.

Cependant, la décision met aussi en lumière le caractère timide – pour ne pas dire inadapté – de nos cadres juridiques pour faire face à une économie globale avec des acteurs multinationaux qui sont souvent plus puissants et plus riches que bien des pays. En effet, le communiqué de presse du Bureau décrit les sanctions contre Facebook comme une preuve de sa capacité à sévir contre les géants du Web<sup>114</sup>. Certes, on n'a encore jamais vu un géant américain être condamné à 9 millions de dollars canadiens, une amende qui

111. Bureau de la concurrence du Canada, « La concurrence à l'ère numérique Vision stratégique du Bureau de la concurrence pour 2020-2024 » (11 février 2020) (nos soulignements), en ligne : <<https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04513.html>>.

112. Bureau de la Concurrence du Canada, « Facebook payera une sanction de 9 millions de dollars pour régler les préoccupations du Bureau de la concurrence à propos d'indications trompeuses quant à la confidentialité » (19 mai 2020), en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2020/05/facebook-payera-une-sanction-de-9millions-de-dollars-pour-regler-les-preoccupations-du-bureau-de-la-concurrence-a-propos-dindications-trompeuses-qu.html>>.

113. Les tribunaux ont pour le moment restreint l'application des lois sur la protection des consommateurs aux contrats qui impliquent un paiement, y compris au Québec (voir, p. ex., *St Arnaud c. Facebook Inc.*, 2011 QCCS 1506).

114. Bureau de la Concurrence du Canada, « Facebook payera une sanction de 9 millions de dollars pour régler les préoccupations du Bureau de la concurrence à propos d'indications trompeuses quant à la confidentialité » (19 mai 2020), en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2020/05/>>

s'approche du maximum de 10 millions prévu à la *Loi*<sup>115</sup> – surtout si l'on ajoute le demi-million de frais d'enquête à couvrir. La sanction du Bureau est ainsi résolument plus contraignante pour Facebook que les communiqués de presse du Commissaire à la protection de la vie privée du Canada. Il reste qu'elle est faible en comparaison avec la sanction de cinq milliards de dollars américains imposée quelques mois plutôt par la Federal Trade Commission<sup>116</sup>. Il est vrai que le Canada est un marché moindre, mais la pénalité canadienne de 24 cents (0,19 \$ US) par habitant représente 1,25 % de l'amende américaine équivalant à 15,2 \$ US par habitant.

Il reste que l'application de la *Loi sur la concurrence* aux messages d'information et aux contrats d'utilisation sur les questions relevant de la protection de la vie privée et des données personnelles est un moment important pour la protection des Canadien(ne)s dans l'économie numérique. Avec des pouvoirs d'application et des sanctions plus importants que les auteurs régulateurs, et surtout une volonté du Commissaire à les utiliser, cette affaire envoie un message clair aux entreprises, qui doivent s'assurer que leurs actions sont conformes aux lois fédérales et provinciales sur la protection de la vie privée. Espérons que le gouvernement fédéral s'inspire plus du modèle de sanction et révision de la *Loi sur la concurrence* pour redessiner le cadre juridique fédéral de la protection des renseignements personnels. Espérons également qu'il ne s'agit là que de la première incursion du Commissaire dans les acteurs du numérique, et que le Bureau ne manquera pas de s'intéresser aux acteurs canadiens du milieu des télécommunications !

##### 5. *SOLE CLEANING* v. *CHU* : DÉNONCER LE RACISME SUR LES RÉSEAUX SOCIAUX EST JUSTIFIABLE

En 2020, le sujet du racisme systémique et des contextes discriminatoires était au premier plan des conversations au Canada et dans le reste du monde, notamment à la faveur de manifestations pour la défense de peuples autochtones et du mouvement *Black Lives Matter*. Dans ce contexte, de nombreuses organisations ont été appelées par leurs employé(e)s, client(e)s ou investisseurs de

---

facebook-payera-une-sanction-de-9millions-de-dollars-pour-regler-les-preoccupations-du-bureau-de-la-concurrence-a-propos-dindications-trompeuses-qu.html>.

115. *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 74.1(1c)(ii).

116. Federal Trade Commission, « FTC Imposes \$5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook » (24 juillet 2019), en ligne : <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/07/ftc-imposes-5-billion-penalty-sweeping-new-privacy-restrictions>>.

prendre position contre le racisme systémique en le dénonçant et en s'engageant à soutenir les personnes racialisées, notamment noires et autochtones. Dans le même temps, des membres de ces mêmes organisations ont pris position, à l'interne ou publiquement, pour dénoncer des situations ou des comportements discriminatoires. Ces dénonciations ont notamment été relayées sur les réseaux sociaux au grand damne des organisations qui voyaient leurs narratifs de marque perturbés.

Dans une décision du 24 novembre 2020<sup>117</sup>, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a rappelé aux employeurs qu'ils ne pouvaient obtenir d'injonction provisoire pour faire retirer des contenus négatifs sur les réseaux sociaux – notamment des commentaires les déclarant racistes – s'ils ne sont pas capables de démontrer que les propos sont manifestement diffamatoires.

#### A- Faits

Une entreprise de restauration de chaussures et de sacs avait publié, à la suite de demandes répétées de ses employées, une déclaration de soutien au mouvement *Black Lives Matters*. Néanmoins, la timide déclaration a été jugée inconsidérée et sourde à la situation des personnes noires, autochtones et racialisées. Une des employées s'en est particulièrement émue auprès de la direction. Peu de temps après qu'elle se fut exprimée, l'employée s'est fait notifier son licenciement au motif qu'un examen de son travail avait montré une baisse de rendement et qu'elle avait endommagé des produits.

À la suite de son licenciement, l'employée a publié plusieurs messages sur les réseaux sociaux alléguant qu'elle avait été licenciée par les demandeurs pour avoir soutenu le mouvement *Black Lives Matter*. Les messages déclaraient encore que les membres de la direction étaient racistes, avaient utilisé des épithètes racistes et que l'entreprise ne se souciait pas des Noirs et ne voulait que tirer profit de leur culture.

L'employeur a alors décidé de poursuivre l'employée en diffamation pour ces propos portant atteinte à son image. Dans le cadre de cette poursuite, l'employeur a également déposé une requête en injonction pour que les publications de l'employée soient retirées des réseaux sociaux. L'employée s'est opposée à l'injonction au motif que

117. *Sole Cleaning Inc. v. Chu*, 2020 ONSC 7226 (la décision n'est disponible qu'en anglais).

les propos tenus étaient un commentaire sur des faits qu'elle croyait vrais et dont elle entendait démontrer la véracité lors du procès en diffamation.

## B- Décision

Dans sa décision du 24 novembre 2020, le juge Shaw de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a refusé de faire droit à la demande d'injonction en soulignant qu'il fallait faire preuve d'une grande prudence dans le cas d'une requête interlocutoire dans une action en diffamation en raison des risques d'atteinte à la liberté d'expression.

Le juge a rappelé que la partie qui demande une injonction dans le cadre d'une action en diffamation doit établir les trois critères énoncés dans *Bagwalla c. Ronin*<sup>118</sup> : (1) la publication doit être manifestement diffamatoire ; (2) si le défendeur déclare avoir l'intention de justifier ou d'invoquer un commentaire loyal, l'injonction doit être refusée à moins qu'il ne soit clair que toute défense de ce type échouera inévitablement ; et (3) le demandeur doit établir un préjudice irréparable si l'injonction est refusée.

Reconnaissant que le test établit un seuil très élevé, le juge Shaw note qu'il sert à reconnaître l'importance de protéger la liberté d'expression, en particulier dans les questions d'intérêt public<sup>119</sup>. Dans le contexte actuel, le juge Shaw considère que le public a intérêt à connaître la position d'une entreprise sur des questions d'importance sociale et politique, comme le mouvement *Black Lives Matter* et le traitement qu'elle réserve à ses employés<sup>120</sup>.

Le juge note d'ailleurs que la Cour n'avait reçu communication que de cinq décisions de partout au Canada qui avaient accordé une telle injonction, toutes après débat contradictoire<sup>121</sup> – ce qui, selon lui, montre bien qu'une telle injonction ne devrait être accordée que dans les cas les plus manifestes et incontestables.

Analysant les deux premiers critères du test, le juge Shaw considère que le fait de qualifier une personne ou une société de raciste a pu être jugé comme diffamatoire<sup>122</sup>. Toutefois, la conclusion

118. 2017 ONSC 6693, par. 19.

119. *Sole Cleaning Inc. v. Chu*, 2020 ONSC 7226, par. 50.

120. *Ibid.*, par. 52.

121. *Ibid.*, par. 50.

122. *Ibid.*, par. 58.



que les messages peuvent être diffamatoires n'est pas suffisante pour accorder l'injonction lorsque le défendeur soulève la défense de justification ou de commentaire loyal. Lorsque ces défenses sont invoquées, l'injonction ne sera accordée que si le demandeur a convaincu la Cour qu'il est clair que les défenses échoueront inévitablement<sup>123</sup>. Or, examinant la preuve dans son ensemble en utilisant une analyse contextuelle, le juge considère que la défense échouerait.

Il note une série d'éléments au soutien de la défense, notamment le fait que les allégations selon lesquelles l'un des demandeurs a utilisé le « mot en N » n'ont pas été niées (!) et la preuve par ouï-dire selon laquelle des collègues ont entendu les demandeurs utiliser des épithètes raciales. Le juge note encore que la défenderesse a été volontairement appelée par le mauvais nom, qu'elle s'est sentie rabaissée, humiliée, punie et ciblée au travail en raison de son soutien au mouvement *Black Lives Matter*, et a été licenciée peu de temps après. Rejetant l'argument selon lequel il s'agissait simplement d'une employée qui se sentait maltraitée<sup>124</sup>, le juge souligne par ailleurs qu'il convient de tenir compte de l'expérience vécue des membres des communautés racialisées qui sont victimes d'actes de racisme manifestes et passifs, y compris en milieu de travail<sup>125</sup>. Le juge considère qu'ignorer et négliger, dans l'évaluation de la défense de commentaire équitable, le racisme systémique que ces personnes ont subi et continuent de subir en milieu de travail – parce que ces expériences peuvent être perçues différemment par des personnes qui ne sont pas membres de ces communautés – serait une injustice<sup>126</sup>.

Selon le juge, l'ensemble de ces éléments tendent à confirmer que les commentaires et les défenses de justification et de commentaire loyal n'échoueront pas inévitablement. Aussi, le juge considère qu'il n'est pas nécessaire de s'attarder au troisième critère et de déterminer si le refus d'injonction pourrait causer un préjudice irréparable<sup>127</sup>.

Le juge conclut ainsi au rejet de la demande et il est autorisé que les déclarations contestées restent affichées sur les comptes de médias sociaux du défendeur jusqu'au procès, en plus d'être disponibles pour examen dans la décision judiciaire accessible au public.

123. *Ibid.*, par. 58.

124. *Ibid.*, par. 66 et 70.

125. *Ibid.*, par. 69-72.

126. *Ibid.*, par. 72.

127. *Ibid.*, par. 77.

### C- Analyse et portée

La décision souligne aux employeurs – mais pas seulement – que le test pour obtenir une injonction de retrait d'un commentaire diffamatoire sur Internet est très exigeant du fait des risques importants d'atteinte à la liberté d'expression des employées. La liberté d'expression est une liberté fondamentale à laquelle on ne peut porter atteinte pour protéger les intérêts économiques et la réputation d'une organisation – surtout quand le propos vient mettre en lumière des comportements qui sont d'intérêt pour le public.

De manière intéressante, la décision souligne que le critère central du test *Bagwalla c. Ronin*<sup>128</sup> est le deuxième critère sur la défense de justification. En effet, dans le cas où un employé déclare avoir l'intention d'invoquer la défense de commentaire loyal, il est essentiel pour l'employeur d'établir qu'il est manifeste que le moyen de défense échouera inévitablement. À défaut, la Cour n'aura que faire du troisième critère – le juge n'a pas pour rôle d'essayer de réduire le dommage causé par l'entreprise du fait de son propre comportement.

Il convient aussi de souligner que la décision a été rendue sur preuves écrites seulement même si certaines preuves peuvent parfois apparaître contradictoires. La décision vient ainsi rappeler qu'en l'absence de contre-interrogatoires contradictoires de la preuve, les juges procéderont à leur propre évaluation de la totalité de la preuve pour déterminer si l'injonction doit être accordée.

En effet, la décision est une piqûre de rappel pour les entreprises, qui doivent s'efforcer de développer des milieux de travail inclusifs et sûrs pour leurs employés. Bien que le milieu corporatif ne puisse être tenu responsable de tous les maux de la société, une entreprise doit notamment s'assurer que ses politiques, sa direction et ses employés ne perpétuent pas des situations manifestement discriminatoires et racistes.

Sur ce point, la décision est à mettre en perspective avec une décision d'arbitrage rendue un peu plus tôt dans l'année qui a rejeté l'argument selon lequel des insultes raciales dans le milieu de travail étaient simplement du « *shop talk* »<sup>129</sup>. Dans cette affaire, une entreprise avait licencié un employé blanc ayant verbalement agressé un

128. 2017 ONSC 6693, par. 19.

129. *Levi Strauss & Co. c. Workers United Canada Council*, 2020 CanLII 44271 (ON L.A.).

collègue de travail noir en lui adressant des insultes racistes pendant dix minutes devant les autres collègues présents sur le lieu de travail. Le syndicat des employés avait contesté le licenciement en alléguant que les propos racistes étaient simplement des conversations de vestiaires (« *locker room language* »), du « *shop talk* » et, à ce titre, ne devraient pas faire l'objet de sanction<sup>130</sup>. Bien que ne retenant pas la politique « tolérance zéro » de l'employeur<sup>131</sup>, la décision note que s'il y a peu de précédents en la matière, il y a une reconnaissance croissante – mais malheureusement trop lente – de l'existence d'un racisme systémique sous diverses formes ou à divers degrés sur les lieux de travail, et de leur répercussions négatives sur les employés. Dans le contexte sociétal actuel, l'arbitre a considéré qu'il convient de rejeter dans son intégralité toute suggestion selon laquelle l'utilisation d'un langage dégradant sur le plan racial ou d'une insulte raciale peut être reléguée à une simple conversation de vestiaire, sous quelque forme et dans quelque circonstance que ce soit<sup>132</sup>. De tels propos ne peuvent être excusés et justifient – voire même demandent – le licenciement de l'employé.

---

130. *Ibid.*, par. 185.

131. *Ibid.*, par. 203.

132. *Ibid.*, par. 206.