

Vol. 34, n° 2

Les décisions marquantes de 2021 en matière de droit d'auteur

Cara Parisien et Élodie Dion*

RÉSUMÉ / ABSTRACT	463
INTRODUCTION	465
1. <i>UNIVERSITÉ YORK c. ACCESS COPYRIGHT</i> , 2021 CSC 32	466
1.1 Les faits de l'affaire <i>York</i>	466
1.2 La décision de la Cour suprême	470
1.3 Conclusion	474
2. <i>SALNA c. VOLTAGE PICTURES, LLC</i> , 2021 CAF 176	475
2.1 Les faits de l'affaire <i>Voltage</i>	476
2.2 La décision de la Cour d'appel fédérale	480
2.3 Conclusion	487
3. <i>TBV PRODUCTIONS, LLC c. UNTEL NO. 1 ET AL.</i> , 2021 CF 181	487
3.1 Les faits de l'affaire <i>TBV</i>	487

© CIPS, 2022.

* Cara Parisien et Élodie Dion sont avocates chez ROBIC, S.E.N.C.R.L., un cabinet multidisciplinaire d'avocats et d'agents de brevets et de marques de commerce, où elles pratiquent dans le secteur Litige.

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

3.2	La décision de la Cour fédérale	489
3.3	Conclusion	490
4.	<i>WINKLER c. HENDLEY</i> , 2021 CF 498	491
4.1	Les faits de l'affaire <i>Winkler</i>	492
4.2	L'analyse et les conclusions de la Cour fédérale	493
4.3	Conclusion	498
5.	<i>BOUCHARD c. IKEA</i> , 2021 QCCS 1376	498
5.1	Les faits de l'affaire <i>Bouchard</i>	499
5.2	L'analyse et les conclusions de la Cour supérieure du Québec	500
5.3	Conclusion	503

RÉSUMÉ

En 2021, plusieurs décisions intéressantes en matière de droit d'auteur ont été rendues par les cours canadiennes. Cet article présente une sélection éditoriale de cinq décisions, choisies principalement en fonction des questions soulevées et de la manière dont des principes juridiques bien établis ont été appliqués aux faits précis qui entourent la procédure. Dans certains cas, il s'agit d'une application de dispositions relativement nouvelles de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'objectif de cet article est de fournir au lecteur un résumé des questions soulevées dans les décisions choisies et de la manière dont elles ont été analysées par les cours, tout en couvrant une variété de thèmes liés au droit d'auteur, tels que les politiques d'utilisation équitable, les recours collectifs inversés comme outil pour combattre le piratage de contenu sur Internet, les remèdes disponibles aux sociétés de gestion collective et l'étendue de protection offerte aux œuvres littéraires de non-fiction basées sur des faits historiques, pour en nommer quelques-uns.

ABSTRACT

In 2021, several interesting copyright-related decisions were rendered by Canadian courts. This article presents an editorial selection of five decisions, chosen primarily based on the issues raised and the noteworthy manner in which well-established legal principles were applied to the specific facts surrounding the proceedings. Some of these cases involve the application of relatively new provisions of the *Copyright Act*. The purpose of this article is to provide the reader with a summary of the issues raised in the selected decisions and how they were analyzed by the courts, while covering a variety of copyright-related topics, such as fair dealing policies, reverse class actions as a tool to fight the piracy of content over the Internet, remedies available to collective management societies, and the scope of protection afforded to works of literary non-fiction based on historical fact, to name a few.

INTRODUCTION

Le présent article recense une sélection de cinq décisions parmi les plus intéressantes rendues par les tribunaux canadiens en 2021 en matière de droit d'auteur.

Nous traiterons d'abord de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency*¹, confirmant la décision de la Cour d'appel fédérale en concluant que les tarifs homologués par la Commission du droit d'auteur, qu'ils soient provisoires ou non, ne sont pas obligatoires en l'absence d'une licence. Nous aborderons par la suite la décision *Salna c. Voltage Pictures, LLC*², dans laquelle la Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la Cour fédérale refusant l'autorisation du premier recours collectif inversé au Canada en matière de violation de droit d'auteur. Dans la troisième décision, *TBV Productions, LLC c. Untel No. 1 et al.*³, la Cour fédérale a rejeté la requête de TBV Productions pour une ordonnance enjoignant des fournisseurs d'accès Internet à payer des dommages préétablis. La Cour a statué que TBV Productions ne pouvait réclamer des dommages-intérêts de la part des fournisseurs d'accès Internet par voie de requête et qu'elle devait plutôt tenter une action distincte contre ceux-ci, en sus de son action en violation de droit d'auteur contre les défendeurs non identifiés.

Nous aborderons ensuite deux décisions en lien avec l'objet de la protection par le droit d'auteur. Nous allons d'abord traiter de la décision *Winkler c. Hendley*⁴ dans laquelle la Cour fédérale a conclu qu'un auteur ayant publié une œuvre qu'il prétend être de non-fiction et basée sur des faits historiques véritables ne peut prétendre ultérieurement que ces faits sont en réalité fictifs aux fins d'échapper à la règle selon laquelle les faits ne sont pas protégeables. La Cour a ainsi confirmé l'absence de protection des faits, et ce, peu importe que leur véracité objective serait plus tard contestée ou réfutée.

1. *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency*, 2021 CSC 32 (ci-après « *York CSC* »).

2. *Salna c. Voltage Pictures*, 2021 CAF 176 (ci-après « *Voltage CAF* »), permission d'appel à la Cour suprême du Canada rejetée, n° 39895, 26 mai 2022.

3. *TBV Productions c. Untel*, 2021 CF 181 (ci-après « *TBV* »).

4. *Winkler c. Hendley*, 2021 CF 498 (ci-après « *Winkler* »).

Enfin, nous traiterons de la décision *Bouchard c. Ikea Canada*⁵, dans laquelle la Cour supérieure du Québec nous rappelle que la *Loi sur le droit d'auteur* ne protège pas les idées, les concepts, les styles et les méthodes. Dans cette affaire, la Cour a rejeté de manière sommaire la demande de madame Bouchard en violation de droit d'auteur contre Ikea Canada pour avoir copié le style de ses jouets en peluche conçus à partir de dessins d'enfants, au motif que sa demande était manifestement mal fondée.

1. UNIVERSITÉ YORK c. ACCESS COPYRIGHT, 2021 CSC 32

La décision de la Cour suprême du Canada dans *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)* porte, d'une part, sur le caractère exécutoire des tarifs homologués par la Commission du droit d'auteur en l'absence d'une licence entre une société de gestion de droits d'auteur et l'utilisateur d'une œuvre, et, d'autre part, sur l'application de l'exception d'utilisation équitable aux reproductions d'œuvres faites en respect des lignes directrices de l'Université York (ci-après « Université »). La Cour suprême a ultimement confirmé la décision de la Cour d'appel fédérale en concluant que les tarifs, qu'ils soient provisoires ou non, ne sont pas exécutoires en l'absence d'une licence. Elle a toutefois refusé de trancher la question quant aux lignes directrices de l'Université. Une fois qu'il avait été établi que les tarifs n'étaient pas applicables à l'Université en l'absence d'une licence et qu'Access Copyright n'avait pas la qualité pour agir dans une action en violation du droit d'auteur sur les œuvres de son répertoire, il n'y avait plus de véritable différend entre les parties, selon la Cour. Cela étant, la Cour suprême a tout de même fait des observations sur l'analyse effectuée par la Cour fédérale et la Cour fédérale d'appel dans le but de clarifier les critères à être appliqués pour bénéficier de l'exception.

1.1 Les faits de l'affaire York

En 2013, Access Copyright (ci-après « Access »), une société de gestion qui perçoit et distribue des redevances pour les auteurs et les éditeurs canadiens, a intenté une action contre l'Université visant à faire exécuter le tarif provisoire homologué par la Commission du droit d'auteur à l'égard de copies faites par les employés de l'Université entre le 1^{er} septembre 2011 et le 31 décembre 2013.

5. *Bouchard c. Ikea Canada*, 2021 QCCS 1376 (ci-après « *Bouchard* »).

De 1994 à 2010, l'Université était titulaire d'une licence qui permettait à ses employés de reproduire des œuvres du répertoire d'Access. Au moment des négociations pour renouveler le contrat en 2010, les parties n'ont pas pu s'entendre sur les taux de redevance qui s'appliqueraient aux activités de l'Université. Access a donc demandé à la Commission d'homologuer un tarif provisoire, ce qu'elle a fait.

L'Université s'y est conformée pendant un certain temps, avant de se retirer du régime à la fin août 2011. Elle a plutôt décidé d'adopter des lignes directrices pour encadrer la reproduction d'œuvres à des fins d'enseignement et de recherche au sein de l'institution, dans le but d'assurer que toutes ses reproductions puissent bénéficier de l'exception d'utilisation équitable. En se portant demanderesse reconventionnelle contre Access, l'Université a demandé à la Cour fédérale de déclarer que toutes reproductions ayant été faites conformément à ses lignes directrices étaient couvertes par l'exception d'utilisation équitable.

En première instance, la Cour fédérale a déterminé que le tarif homologué par la Cour était obligatoire, eu égard à l'esprit de la *Loi sur le droit d'auteur*⁶, les origines législatives des dispositions applicables et le sens ordinaire du mot « tarif ». Historiquement, la *Loi sur le droit d'auteur* prévoyait un régime applicable aux « sociétés de perception de droits d'exécution ». En 1920, réagissant au quasi-monopole exercé par certaines sociétés ayant acquis les droits d'exécution dans une majorité des œuvres dramatico-musicales populaires à l'époque, le législateur avait imposé certaines obligations à ces sociétés pour empêcher les abus de leur position dominante dans le marché⁷. Ces sociétés de perception devaient déposer des listes d'œuvres dans leur répertoire et faire approuver et homologuer les redevances qu'elles proposaient d'offrir dans le cadre des licences qu'elles octroyaient⁸. Les sociétés de perception pouvaient alors réclamer ou percevoir les « honoraires, redevances ou tantièmes [...] **en paiement des licences qu'elle a délivrées ou accordées** pour l'exécution de toutes ses œuvres au Canada »⁹. Toutefois, en l'absence d'une licence, les sociétés de perception n'avaient aucun recours¹⁰.

6. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (ci-après « L.D.A. »).

7. *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency*, 2020 CAF 77 (ci-après « *York CAF* »), par. 57.

8. *Id.*, par. 58.

9. *Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur*, 1931, S.C. 1936, ch. 28, par. 10B(8) (nos caractères gras).

10. *Canadian Copyright Licensing Agency c. Université York*, 2017 CF 669 (ci-après « *York CF* »), par. 198 ; *Performing Rights Organization of Canada Ltd. / Société de*

En 1988, le législateur a modifié la *Loi sur le droit d'auteur*, notamment pour permettre aux sociétés de perception de recouvrer les redevances qui leur étaient dues ou « le cas échéant, en poursuivre le recouvrement en justice ». Selon la Cour fédérale, cette modification démontrait l'intention du législateur de remédier à la restriction précédemment imposée sur les recours disponibles aux sociétés de perception, notamment en éliminant l'exigence selon laquelle un contrat de licence était nécessaire pour que le tarif soit exécutoire¹¹.

De plus, les modifications de 1989 avaient également pour effet de créer des « sociétés de gestion », responsables de la gestion collective de différents droits d'auteur, tels que les droits de reproduction d'œuvres littéraires¹². À ce moment, les sociétés de gestion pouvaient octroyer des licences et distribuer des redevances à ses membres, mais elles n'avaient pas les mêmes recours que ceux accordés aux sociétés de perception. C'est seulement en 1997 que le législateur a donné le pouvoir aux sociétés de gestion de droit d'auteur de « percevoir les redevances [figurant dans le tarif homologué] et, indépendamment de tout autre recours, le cas échéant, en poursuivre le recouvrement en justice »¹³.

La Cour fédérale a conclu qu'en reproduisant le même libellé dans les dispositions concernant les sociétés de gestion de droit d'auteur de la *Loi sur le droit d'auteur* en 1997, l'intention du législateur était d'étendre les recours en exécution disponibles aux sociétés de gestion de droits d'exécution (anciennement sociétés de perception) aux sociétés de gestion de droits d'auteur¹⁴.

Quant à la demande reconventionnelle de l'Université, la Cour fédérale a conclu que les lignes directrices de l'Université n'étaient pas rédigées de manière à assurer une utilisation équitable des œuvres protégées. Bien que l'utilisation des copies eût lieu à des fins d'éducation, une des fins permises en vertu de l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*, le caractère équitable de l'utilisation n'avait pas été démontré¹⁵.

droits d'exécution du Canada Ltée c. Lion d'Or (1981) Ltée, [1988] 16 F.T.R. 104, 17 C.P.R. (3d) 542 (C.F.P.I.).

11. *York CF*, *supra*, note 10, par. 199.

12. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, L.R.C. (1985), ch. 10 (4^e suppl.), art. 12-16.

13. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. (1997), ch. 24, art. 68.2(1).

14. *York CF*, *supra*, note 10, par. 203 et 204.

15. *Id.*, par. 356.

En 2020, la Cour d'appel fédérale a infirmé en partie la décision de première instance. D'abord, la Cour d'appel a conclu qu'Access ne pouvait forcer le paiement du tarif homologué par l'Université s'il n'y avait pas de licence entre les parties¹⁶. La Cour d'appel explique que les violations de droit d'auteur ne transforment pas les contrevenants en titulaires de licences tenus de payer des redevances¹⁷. En cas de violation de droit d'auteur, le recours approprié demeure une action en dommages-intérêts. Bien qu'il existe des tarifs « obligatoires » pouvant être perçus sans égard à la présence d'une licence, ils ne sont pas applicables aux droits gérés par Access. On peut penser, par exemple, au droit des artistes-interprètes, qui n'ont pas de recours contre une personne ayant exécuté leur enregistrement sonore en public sans autorisation, mais bien uniquement contre la société de gestion qui a omis soit de déposer un projet de tarif auprès de la Commission, soit de répartir les redevances dues à ses bénéficiaires¹⁸.

En ce qui a trait aux lignes directrices de l'Université, la Cour d'appel fédérale est venue à la même conclusion que la Cour fédérale, mais pour des raisons différentes. Dans une première étape, la Cour d'appel a reconnu que les copies étaient faites pour une fin permise par l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*, car elles étaient faites à des fins d'éducation¹⁹. Passant ensuite au deuxième volet de l'analyse et tenant compte des six facteurs établis par la Cour suprême dans *CCH Canadienne ltée c. Barreau du Haut-Canada*²⁰, à savoir le but de l'utilisation, la nature de l'utilisation, l'ampleur de l'utilisation, les solutions de rechange à l'utilisation, la nature de l'œuvre et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre, la Cour d'appel a jugé que l'utilisation des œuvres n'était pas équitable.

En évaluant l'application du premier facteur, la Cour d'appel a notamment jugé que le but de l'utilisation par l'Université était non pas l'éducation, mais bien de lui permettre d'offrir gratuitement ce qu'elle payait précédemment et de continuer à augmenter le nombre d'inscriptions en réduisant ses coûts²¹. Elle a d'ailleurs jugé que la Cour fédérale avait commis une erreur manifeste et dominante en

16. *York CAF, supra*, note 7, par. 204.

17. *Id.*, par. 205.

18. *Ré:Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, 2014 CAF 48, par. 10.

19. *York CAF, supra*, note 7, par. 211.

20. *CCH Canadienne ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13 (« *CCH Canadienne* »).

21. *Id.*, par. 215 et 240.

concluant que l'éducation était un des buts de l'utilisation, suivi de celui de l'Université d'économiser des coûts de manière secondaire²².

Pour en arriver à cette conclusion, la Cour d'appel a repris le cadre d'analyse établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *CCH Canadienne* et tel qu'appliqué subséquemment dans les arrêts *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) c. Bell Canada*²³ et *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*²⁴.

La Cour d'appel s'est notamment fiée à l'analyse de la Cour suprême dans la décision *CCH Canadienne*, en notant qu'elle avait clairement été faite dans la perspective de la Grande Bibliothèque, qui se fiait à une politique semblable aux lignes directrices de l'Université en l'espèce, et non dans la perspective des utilisateurs finaux²⁵. Elle a également tenu compte de la décision *Alberta (Éducation)* pour conclure que « même si l'utilisation équitable est un droit des utilisateurs et que par conséquent le point de vue à adopter est celui de ces derniers, le but de l'auteur des copies peut tout de même être pertinent lors de l'examen du caractère équitable »²⁶.

En ce qui a trait aux autres facteurs de l'analyse du caractère équitable de l'utilisation, la Cour d'appel avait conclu, comme la Cour fédérale, que la plupart défavorisaient l'Université, notamment en raison de la quantité globale d'œuvres reproduites et de la définition d'un « court extrait » dans les lignes directrices, qui permettaient la reproduction de grandes proportions d'une œuvre et même la reproduction d'œuvres complètes selon le type d'œuvre et leur format de publication.

1.2 La décision de la Cour suprême

Les questions à trancher devant la Cour suprême étaient plus ou moins identiques à celles devant la Cour d'appel fédérale, c'est-à-dire le caractère exécutoire des tarifs homologués contre l'Université

22. *Id.*, par. 216.

23. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36.

24. *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37 (ci-après « *Alberta (Éducation)* »).

25. *York CAF*, *supra*, note 7, par. 220 citant *CCH Canadienne*, *supra*, note 20, par. 66-69, 71.

26. *Id.*, par. 230.

en l'absence d'une licence et ensuite la question de savoir si les lignes directrices de l'Université assuraient une utilisation équitable des œuvres du répertoire d'Access.

En statuant d'abord sur la question des tarifs, la Cour suprême a confirmé que ceux-ci ne sont pas obligatoires²⁷. En effet, une société de gestion comme Access doit octroyer des licences conformément aux modalités du tarif homologué applicable, mais elle ne peut pas contraindre un utilisateur à accepter une licence²⁸. Il s'ensuit qu'Access ne pouvait pas s'appuyer sur le paragraphe 68.2(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* pour percevoir des redevances fixées par un tarif homologué alors que l'Université a choisi de ne pas être liée par une licence.

Selon la Cour suprême, cette interprétation est soutenue par le texte, le contexte législatif et l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur*²⁹. L'ancien paragraphe 68.2(1), qui s'appliquait par le biais de l'article 70.15 aux sociétés de gestion administrant des droits autres que les droits d'exécution, garantissait qu'une société de gestion dispose d'un recours devant la Cour fédérale en cas de défaut de paiement de la part des titulaires de licences volontaires. L'article 70.17 énonçait toutefois qu'« il ne peut être intenté aucun recours pour violation d'un droit [...] contre quiconque a payé ou offert de payer les redevances figurant au tarif homologué ».

Par conséquent, la société de gestion a, pratiquement, une obligation d'octroyer une licence à un utilisateur si ce dernier le souhaite. Toutefois, l'utilisateur est libre de négocier une licence qui prévoit des conditions différentes ou bien d'obtenir ses droits en passant par d'autres moyens. Il en découle que la personne qui a payé ou qui a offert de payer les redevances est devenue titulaire d'une licence et peut être tenue responsable des paiements en souffrance. En revanche, la personne qui n'a pas payé ou offert de payer les redevances n'est pas titulaire d'une licence et peut être poursuivie pour violation de droit d'auteur.

Selon la Cour suprême, si le législateur avait voulu que ces tarifs soient obligatoires en l'absence d'une licence, il aurait conféré

27. *York CSC, supra*, note 1, par. 30 *in fine*.

28. *Id.*, par. 34 et 75.

29. *Id.*, par. 75.

un pouvoir clair et distinct démontrant que c'était son intention³⁰. C'est par ailleurs ce qu'il a fait à l'article 81, en prévoyant que les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles ont un droit à la rémunération de la part du fabricant ou de l'importateur de supports audio vierges et au paragraphe 82(1) en prescrivant une obligation de paiement correspondante sous la forme de redevances versées par les fabricants et importateurs³¹.

Or, le législateur n'a pas prévu d'obligation de paiement semblable en ce qui concerne les sociétés de gestion comme Access et le paragraphe 68.2(1) ne précise pas auprès de qui la société de gestion peut percevoir les redevances et à quelles conditions. De plus, selon la Cour suprême, il n'y a rien dans la *Loi sur le droit d'auteur* permettant de penser que le législateur souhaitait que les tarifs homologués par la Commission soient assimilés à des dommages-intérêts préétablis en cas de violation³². Si Access ne dispose pas d'un recours en violation de droit d'auteur contre un utilisateur non autorisé, il s'agit d'une conséquence de son propre choix et celui de ses membres de se lier par une licence non exclusive.

Vu sa conclusion portant que le tarif provisoire n'est pas applicable à l'Université, la Cour suprême a jugé qu'il n'était pas approprié de statuer sur la demande de jugement déclaratoire de celle-ci³³. Comme Access n'avait pas la qualité pour agir contre l'Université dans un recours en contrefaçon et que ses membres, les titulaires du droit d'auteur, n'étaient pas parties à la procédure, il n'y avait pas de question réelle à débattre. Ceci fait contraste avec les faits à l'origine de la décision *CCH Canadienne*, dans laquelle la Cour suprême a déclaré, dans le contexte d'un recours en contrefaçon, que les copies effectuées par la Grande Bibliothèque conformément à sa politique étaient couvertes par l'exception d'utilisation équitable.

Malgré cela, la Cour suprême a pris la peine de préciser son désaccord avec les motifs énoncés en première instance et par la Cour d'appel fédérale. Selon la Cour suprême, la Cour fédérale et la Cour d'appel avaient effectué le deuxième volet de leur analyse, à savoir le caractère équitable de l'utilisation, dans une perspective purement institutionnelle³⁴. En faisant fi de la perspective des étudiants, qui

30. *Id.*, par. 32.

31. *Id.*

32. *York CSC*, *supra*, note 1, par. 40.

33. *Id.*, par. 82.

34. *Id.*, par. 89.

sont les réels utilisateurs des copies, l'analyse du caractère équitable était certaine d'échouer avant même de commencer³⁵.

Le rôle d'une institution d'enseignement, ainsi que ses professeurs, consiste à éduquer ses étudiants, qui ont des droits d'utilisation équitable³⁶. Il est également vrai, comme la Cour d'appel fédérale l'a affirmé, que les fins de l'utilisateur ne pourront servir à dissimuler les motivations inéquitables de l'auteur institutionnel de copies³⁷. C'est par exemple que la quantité totale de copies effectuées par une institution est nécessairement pertinente dans l'évaluation des facteurs relatifs à la nature de l'utilisation et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre.

Toutefois, plutôt que de tenir compte à la fois des perspectives de l'utilisateur et de l'institution, la Cour d'appel a jugé que seul « le point de vue de cet établissement [...] [i]mporte » et que l'objectif financier que visait l'Université « indiqu[ait] clairement qu'il y avait iniquité »³⁸. Il s'agissait là d'une erreur presque identique à celle commise par la Commission du droit d'auteur dans l'arrêt *Alberta (Éducation)*. Dans cet arrêt, la Cour suprême avait déterminé que dans les faits, « l'enseignant ne poursuit pas une telle fin distincte. Il n'a pas de motif inavoué lorsqu'il fournit des copies à ses élèves. [...] [I] est là pour faciliter la recherche et l'étude privée des élèves. »³⁹ À l'instar de l'arrêt *Alberta (Éducation)*, la Cour suprême a noté que la plupart des étudiants dépendent des enseignants pour leur fournir les matériaux et n'y auraient pas facilement accès par ailleurs. Bien qu'il n'était pas question d'une politique ou de lignes directrices dans *Alberta*, les principes qui y sont établis par la Cour sont néanmoins applicables en l'espèce.

En ce qui a trait aux autres facteurs de l'analyse du caractère équitable, la Cour suprême a rejeté le raisonnement de la Cour fédérale quant à l'ampleur inéquitable de l'utilisation, en raison du fait que les lignes directrices permettaient la reproduction de différents extraits d'une même œuvre et leur distribution à différents étudiants, de sorte que l'œuvre entière puisse ultimement être distribuée au complet et que ces circonstances tendaient à démontrer

35. *Id.*

36. *York CSC, supra*, note 1, par. 99, citant *Alberta (Éducation), supra*, note 24, par. 22 et 23.

37. *York CAF, supra*, note 7, par. 230.

38. *York CSC, supra*, note 1, par. 103 ; *York CAF, supra*, note 7, par. 238 et 241.

39. *Alberta (Éducation), supra*, note 24, par. 23.

l'iniquité. Selon la Cour suprême, ce raisonnement était contraire aux principes énoncés dans ses arrêts *SOCAN* et *Alberta (Éducation)*, où elle avait indiqué que l'ampleur de l'utilisation doit être déterminée en fonction de l'utilisation individuelle et non globale⁴⁰.

Similairement, dans l'arrêt *SOCAN*, la Cour suprême avait mis en garde contre la focalisation sur l'utilisation globale dans le cadre de l'évaluation de la nature de l'utilisation, puisque cela pouvait mener à un nombre disproportionné de conclusions défavorables dans des cas de reproductions numériques⁴¹. En suivant la même logique, la Cour suprême a précisé que les plus grandes universités ne devraient pas faire face à un désavantage comparativement aux petites universités, même si leur taille menait forcément à un montant plus élevé de reproductions globales⁴².

1.3 Conclusion

La décision de la Cour suprême sur la question du caractère exécutoire des tarifs en l'absence d'une volonté expresse de la part d'un utilisateur d'être lié par une licence suscite sans doute une réflexion intéressante sur le rôle des sociétés de gestion dans la protection des droits de leurs membres. En vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, seulement les titulaires de droit d'auteur et les détenteurs de licences exclusives peuvent intenter un recours en violation de droit d'auteur⁴³. Sauf exception, lorsqu'une procédure est instituée par le détenteur d'une licence exclusive, le titulaire de droit doit tout de même être désigné comme partie⁴⁴. De plus, le titulaire de droit d'auteur ne peut céder son droit d'action ou concéder une licence exclusive sur celui-ci que si le droit d'auteur en question fait également l'objet d'une cession ou concession de licence exclusive⁴⁵.

Par conséquent, les sociétés de gestion doivent vraisemblablement exiger la concession d'une licence exclusive par leurs membres s'ils veulent bénéficier des droits d'action connexes. Malheureusement, cela ne permettra pas d'épargner les titulaires de droit d'auteur des aléas d'une poursuite judiciaire, puisqu'ils devront tout de même y participer. En conservant le statut d'un détenteur de licence non

40. *York CSC*, *supra*, note 1, par. 104.

41. *Id.*, par. 105.

42. *Id.*

43. L.D.A., *supra*, note 6, art. 13(4), 13(7) et 41.23(1).

44. *Id.*, art. 41.23(2).

45. *Id.*, art. 13(6).

exclusive, une société de gestion n'a aucun recours contre la personne qui commet une violation de droit d'auteur relativement à une œuvre dans son répertoire. Elle détient seulement un droit d'action contre ses propres membres pour dommages subis en lien avec une violation contractuelle des termes stipulés dans la licence, le cas échéant.

Outre les recours collectifs, les *Règles des Cours fédérales* permettent l'introduction d'une procédure par une personne agissant à titre de représentant de plusieurs individus uniquement dans un cas où les points de droit et de faits soulevés sont communs au représentant et aux personnes représentées, sans viser de façon particulière seulement certaines de celles-ci ou, alternativement, visent l'intérêt collectif de ces personnes⁴⁶. Il reste à voir si cette forme de procédure, souvent utilisée dans le cadre de litiges portant sur des questions des droits de communautés autochtones, pourrait être utile aux sociétés de gestion de droits d'auteur qui souhaitent tenter une procédure au nom de leurs membres⁴⁷. Fort probablement, l'utilité de cette disposition serait limitée aux situations nécessitant l'examen d'un point de droit restreint, tel que l'application de l'exception d'utilisation équitable à des copies faites conformément à une politique institutionnelle.

En ce qui a trait aux questions concernant l'exception d'utilisation équitable, les motifs de la Cour suprême sont sans doute rassurants pour les organisations qui souhaitent s'appuyer sur une politique d'utilisation équitable, notamment en clarifiant certains principes qui auraient autrement pu devenir des enjeux difficilement surmontables. Il serait certainement plus difficile, par exemple, de justifier une ampleur d'utilisation équitable si cette utilisation devait être évaluée dans une perspective globale plutôt qu'individuelle. La décision de la Cour suprême confirme donc que l'exception d'utilisation équitable sert d'abord et avant tout à protéger les droits des utilisateurs d'œuvres et que ce principe est indissociablement enraciné dans l'application des critères d'analyse aux faits de l'espèce.

2. SALNA c. VOLTAGE PICTURES, LLC, 2021 CAF 176

Dans l'arrêt *Voltage*, la Cour d'appel fédérale devait se prononcer sur un jugement de la Cour fédérale refusant l'autorisation du premier recours collectif inversé au Canada en matière de violation

46. *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, art. 114.

47. Voir par exemple : *Enge c. Canada (Affaires autochtones et Nord)*, 2017 CF 932.

de droit d'auteur. Les demanderesses affirmaient que les membres du groupe de défendeurs avaient illégalement téléversé ou téléchargé au moins un des cinq films dans lesquelles elles détiennent des droits d'auteur à l'aide de réseaux pair-à-pair BitTorrent. La Cour d'appel a ultimement conclu que le juge de première instance avait commis des erreurs manifestes et dominantes dans l'évaluation des cinq critères relatifs à l'autorisation d'un recours collectif. Toutefois, jugeant que les preuves au dossier étaient insuffisantes pour statuer sur les deux derniers critères, la Cour d'appel a renvoyé le dossier à la Cour fédérale pour réexamen.

2.1 Les faits de l'affaire *Voltage*

Dans cette affaire, qui date d'avril 2016, les demanderesses Voltage Pictures, LLC ; Cobbler Nevada, LLC ; PTG Nevada, LLC ; Clear Skies Nevada, LLC ; Glacier Entertainment S.A.R.L. of Luxembourg ; Glacier Films 1, LLC ; Fathers & Daughters Nevada, LLC (collectivement, ci-après « Voltage ») demandent à la Cour d'appel fédérale d'infirmier une décision de la Cour fédérale refusant l'autorisation du premier recours collectif inversé au Canada en matière de violation de droit d'auteur.

Voltage affirme que les défendeurs et d'autres comme eux ont téléversé et téléchargé illégalement cinq films sur lesquels elle détient des droits d'auteur à l'aide de réseaux pair-à-pair utilisant BitTorrent, un protocole de partage de fichiers qui permet la distribution décentralisée et simultanée de fichiers informatiques sur Internet.

Les utilisateurs du logiciel BitTorrent sont tous connectés les uns aux autres. Un utilisateur qui souhaite partager un fichier informatique le téléversera dans un dossier informatique. Chaque utilisateur qui veut accéder à ce fichier pourra ensuite le télécharger directement à partir du poste de cet utilisateur. Une fois que le fichier en question est stocké sur plusieurs postes, les prochains utilisateurs pourront télécharger simultanément différents segments du fichier à partir de plusieurs postes. Chaque utilisateur ayant téléchargé le fichier devient dès lors une source qui rend le fichier disponible pour téléchargement par d'autres utilisateurs.

Selon Voltage, les défendeurs dans le groupe auraient commis trois actes illégaux : (i) rendre un film disponible pour le téléchargement sur BitTorrent ou téléverser un film sur BitTorrent ; (ii)

promouvoir la disponibilité d'un film pouvant être téléchargé au moyen de BitTorrent ; (iii) ne prendre aucune mesure raisonnable pour s'assurer que les deux actes illégaux susmentionnés n'ont pas été commis à l'égard d'un compte Internet contrôlé par l'abonné à un compte Internet, qui, ce faisant, a autorisé de tels actes illégaux. Voltage définit un « abonné à un compte Internet » ou un « abonné à Internet » (ci-après « abonné ») comme étant « une personne qui est contractuellement obligée de payer pour les services Internet offerts par un fournisseur de services Internet (ci-après « FSI »).

Voltage souhaitait décrire le groupe de défendeurs envisagé comme étant toutes les personnes physiques résidant au Canada qui sont des contrefacteurs directs, c'est-à-dire des abonnés ayant commis les actes illégaux (i) ou (ii) décrits ci-dessus ou ayant copié illégalement un film de Voltage, ainsi que des contrefacteurs autorisateurs, ce qui s'entend des abonnés qui ont commis l'acte illégal (iii) ou qui ont autorisé la reproduction illégale d'un film de Voltage. Parmi les contrefacteurs directs, Voltage catégorise ceux ayant commis les actes (i) comme étant des contrefacteurs initiaux (*primary infringers*) et ceux ayant commis les actes (ii) comme étant des contrefacteurs ultérieurs (*secondary infringers*).

Les défendeurs, pour leur part, n'avaient pas commis les actes reprochés. M. Salna était le propriétaire d'un immeuble à logements résidentiels locatifs. À ce titre, il fournissait un accès Internet à ses locataires, les codéfendeurs M. Rose et M^{me} Cerilli. Selon M. Salna, ce serait plutôt M. Rose et M^{me} Cerilli qui auraient commis les actes illégaux allégués par Voltage. Ces derniers n'avaient également les allégations de Voltage, affirmant que leur connexion Internet aurait pu faire l'objet d'une utilisation non autorisée par un pirate informatique ou bien qu'un de leurs invités aurait commis ces actes à leur insu.

En première instance, la Cour fédérale était d'avis que Voltage n'avait pas satisfait son fardeau de preuve en ce qui concerne les cinq critères de la règle 334.16(1) des *Règles des Cours fédérales*, qui doivent être remplis pour autoriser un recours collectif⁴⁸. Autrement dit, Voltage n'aurait pas démontré, selon la Cour, que :

- a) les actes de procédure révèlent une cause d'action valable ;

48. *Voltage c. Salna*, 2019 CF 1412 (ci-après « *Voltage CF* »).

- b) il existe un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes ;
- c) les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait communs, que ceux-ci prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre ;
- d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler, de façon juste et efficace, les points de droit ou de fait communs ;
- e) il existe un représentant demandeur qui :
 - (i) représenterait de façon équitable et adéquate les intérêts du groupe,
 - (ii) a élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'instance au nom du groupe et tenir les membres du groupe informés de son déroulement,
 - (iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait communs,
 - (iv) communique un sommaire des conventions relatives aux honoraires et débours qui sont intervenues entre lui et l'avocat inscrit au dossier.

Pour ce qui est du premier critère, le juge de première instance a rappelé que le seuil à atteindre est le même pour une requête en radiation. En effet, la Cour devra considérer ce critère comme étant satisfait à moins que, en tenant pour avérés les faits allégués, la demande ne puisse manifestement pas être accueillie. Au stade de la demande d'autorisation, aucun examen au fond du recours ne doit être fait par la Cour, qui devrait plutôt s'intéresser « à la forme que revêt l'action pour déterminer s'il convient de procéder par recours collectif »⁴⁹.

La Cour fédérale a toutefois jugé que les actes de procédure de Voltage ne révélaient aucune cause d'action valable. Selon la Cour, Voltage n'avait identifié aucun contrefacteur direct dans son avis de demande⁵⁰. Aucun des défendeurs identifiés dans la procédure n'avait commis un acte de contrefaçon initial et, selon la Cour, le

49. *Id.*, par. 74, citant *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, par. 16.

50. *Voltage CF*, *supra*, note 48, par. 77.

recours collectif ne pouvait donc pas être autorisé en l'absence de représentant pour ce groupe. Similairement, la Cour a déterminé qu'il n'y avait aucune preuve de contrefaçon ultérieure, puisque la preuve d'expert avait démontré que le partage de fichiers pouvait avoir lieu sans le consentement ou la connaissance d'un utilisateur⁵¹. De plus, le fait de promouvoir la disponibilité d'une œuvre n'équivaut pas à une violation de droit d'auteur⁵².

En ce qui a trait à la troisième cause d'action alléguée par Voltage, la Cour fédérale avait refusé de souscrire aux arguments soulevés par Voltage qui, s'appuyant sur les motifs du juge Binnie dans l'arrêt *Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers* (ci-après « CAIP »), avançait qu'un contrefacteur autorisateur ne peut s'aveugler volontairement aux activités en ligne des personnes utilisant leur connexion Internet et a l'obligation légale de surveiller ces activités après la réception d'un avis de prétendue violation sous le régime d'« avis et avis ». Selon la Cour, les motifs de la Cour suprême dans l'arrêt CAIP indiquaient plutôt l'exigence de démontrer que la personne a approuvé, sanctionné, permis, favorisé ou encouragé le comportement illicite et que, bien que l'omission de retirer un contenu illicite après en avoir été avisé puisse constituer une autorisation, ce n'est pas toujours le cas⁵³.

Se penchant ensuite sur le deuxième critère, exigeant la preuve d'un groupe identifiable d'au moins deux personnes, la Cour fédérale a conclu qu'en changeant sa description des groupes au stade des représentations à l'audience, Voltage avait exclu M. Rose et M^{me} Cerilli du groupe proposé⁵⁴. Puisque M. Salna n'était pas un contrefacteur direct, il n'y avait aucun représentant de groupe pour cette cause d'action⁵⁵. Bien que Voltage ait fait allusion à des milliers d'adresses IP supplémentaires qu'ils ont recueillies, la Cour avait conclu qu'il s'agissait d'une simple affirmation et non une preuve de l'existence d'autres membres du groupe⁵⁶.

La Cour fédérale avait également jugé que sept des neuf questions en litige communes proposées par Voltage n'étaient pas réellement communes, puisque les réponses pour chaque défendeur

51. *Id.*, par. 80.

52. *Id.*

53. *Voltage CF, supra*, note 48, par. 79.

54. *Id.*, par. 101.

55. *Id.*, par. 102.

56. *Id.*, par. 103 et 104.

dépendraient largement de leurs circonstances particulières⁵⁷. De plus, le plan de litige proposé par Voltage était, selon la Cour, impossible à gérer⁵⁸. D'abord, le recours soulevait plus de questions individuelles que de questions communes et, par conséquent, l'autorisation du recours collectif n'entraînerait pas d'économies⁵⁹. Qui plus est, le plan obligerait les FAI à envoyer de manière continue des avis aux membres du groupe en vertu du régime d'avis et avis, ce qui constituait une utilisation inappropriée de ressources publiques, selon le juge de première instance⁶⁰. Enfin, le plan permettait aux membres du groupe de défendeurs proposé de s'exclure du recours collectif s'ils avaient des enjeux uniques à soulever, ce qui pourrait entraîner la disparition du groupe entier dans un cas où tous les défendeurs demandaient de s'exclure⁶¹. Pour ces raisons, la Cour fédérale a conclu que les troisième et quatrième critères d'autorisation n'étaient pas satisfaits.

Finalement, la Cour fédérale avait jugé qu'il n'y avait pas de représentant approprié du groupe de défendeurs. Selon la Cour, Voltage n'avait pas démontré que le représentant en l'espèce avait la capacité financière ou la motivation pour défendre vigoureusement et avec diligence les membres du groupe⁶². La Cour avait donc conclu que la jonction d'instances individuelles était préférable à l'autorisation d'un recours collectif en l'espèce⁶³.

2.2 La décision de la Cour d'appel fédérale

Le 8 septembre 2021, la Cour d'appel fédérale a rendu sa décision infirmant le jugement de première instance et concluant que la Cour fédérale avait commis des erreurs importantes dans son analyse de chacun des critères d'autorisation.

Pour le premier critère, la Cour d'appel a estimé que le juge de première instance avait commis une erreur susceptible de révision en examinant le bien-fondé de la cause d'action, plutôt que de se demander s'il fallait interdire Voltage d'avancer les arguments qu'elle invoquait⁶⁴. En effet, bien que la Cour fédérale ait correctement cité

57. *Id.*, par. 125.

58. *Id.*, par. 144.

59. *Id.*, par. 145.

60. *Id.*, par. 146 et 147.

61. *Id.*, par. 150.

62. *Id.*, par. 155.

63. *Id.*, par. 161.

64. *Voltage CAF, supra*, note 2, par. 73 et 83.

les principes juridiques devant guider son analyse du premier critère, ces principes n'ont ultimement pas été mis en œuvre. Selon la Cour d'appel, la Cour fédérale n'avait pas tenu pour avérées les allégations de Voltage selon lesquelles M. Salna et les autres membres du groupe étaient des contrefacteurs initiaux. Elle a tenu compte de la preuve extrinsèque présentée par les parties pour tirer des conclusions quant au bien-fondé des réclamations de Voltage. Il s'agissait, selon la Cour d'appel, d'une erreur de droit, car Voltage n'avait pas le fardeau de prouver à ce stade du dossier que M. Salna est un contrefacteur direct⁶⁵.

La Cour d'appel fédérale a également jugé que Voltage avait plaidé les faits matériels nécessaires pour soutenir une cause d'action de contrefaçon par autorisation⁶⁶. Le fait que la Cour suprême ait affirmé dans un *obiter* que l'omission de retirer du contenu illicite après en avoir été avisé « peut » constituer une autorisation de contrefaçon selon les circonstances indique qu'il s'agit d'une question digne de réflexion et de débats. La Cour fédérale avait commis une erreur en effectuant un examen du bien-fondé de l'argument, alors qu'elle aurait plutôt dû s'arrêter, à ce stade, sur la question à savoir s'il fallait interdire Voltage de faire valoir cet argument⁶⁷.

Bien que la Cour ait déjà eu à se prononcer sur l'application de la doctrine d'autorisation de contrefaçon dans les arrêts *CCH Canadienne* et *CAIP*, l'application demandée par Voltage en l'espèce est nouvelle, en ce que la Cour devra se prononcer spécifiquement sur la responsabilité pouvant découler d'une autorisation dans le contexte de la technologie BitTorrent et du régime d'avis et avis⁶⁸. La Cour d'appel a toutefois noté que la nouveauté de la réclamation de Voltage n'équivaut pas à une absence de cause d'action.

Malgré sa conclusion que Voltage avait une cause d'action raisonnable quant aux moyens de contrefaçon initiale et d'autorisation, la Cour d'appel a jugé que Voltage n'avait pas plaidé les faits matériels nécessaires pour soutenir une cause d'action de violation à une étape ultérieure⁶⁹. Pour prouver la violation à une étape ultérieure, il faut démontrer que l'œuvre est le produit d'une violation initiale du droit

65. *Id.*, par. 74 et 75.

66. *Id.*, par. 85.

67. *Id.*, par. 76 et 77.

68. *Id.*, par. 79 ; *CCH Canadienne*, *supra*, note 20 ; *Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada c. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 CSC 45.

69. *Voltage CAF*, *supra*, note 2, par. 86.

d'auteur, que l'auteur de la violation à une étape ultérieure savait ou aurait dû savoir qu'il utilisait le produit d'une violation initiale du droit d'auteur et enfin, qu'il y a eu une utilisation ultérieure illicite, telle que la vente, l'offre de vendre ou la distribution du produit⁷⁰. Or, la Cour était d'avis que les procédures de Voltage étaient déficientes quant à la démonstration du deuxième élément, c'est-à-dire la connaissance de l'individu.

Voltage avait plaidé que les membres du groupe proposé savaient ou auraient dû savoir que leurs actions violaient les droits d'auteur de celle-ci. Le deuxième élément énoncé par la Cour suprême dans *CCH Canadienne* exigeait plutôt la preuve que l'individu savait ou aurait dû savoir **qu'il utilisait un produit d'une violation initiale de droit d'auteur**. Autrement dit, la connaissance devait être liée à l'œuvre en question et non à la légalité des actes commis. En l'absence des faits matériels nécessaires en lien avec cet élément de l'analyse, la Cour ne peut juger de la possibilité de succès de violation à une étape ultérieure et ce moyen devait être rejeté⁷¹.

En ce qui concerne le deuxième critère, la Cour d'appel fédérale a conclu que la Cour fédérale avait commis une erreur dans l'application de la norme de preuve. En effet, la partie demandant l'autorisation du recours collectif doit démontrer qu'il existe « un certain fondement factuel » au soutien des quatre autres critères de la Règle 334.16(1). La norme est moins onéreuse que celle de la prépondérance de preuve. La Cour doit simplement se satisfaire qu'il existe un lien rationnel entre la définition objective du groupe et les questions communes, qui ne dépend pas de l'issue du litige⁷².

La Cour d'appel était d'accord avec la conclusion du juge de première instance que la prétention de Voltage d'avoir recueilli des milliers d'adresses IP de défendeurs potentiels ne constituait pas la preuve d'un « certain fondement factuel », mais d'une simple affirmation⁷³. Selon la Cour, si Voltage avait fait la preuve d'autres adresses IP ou noms obtenus dans le cadre d'une ordonnance Norwich ou bien si les experts de Voltage avaient fourni un estimé plus concret du nombre d'adresses IP qu'ils ont recueillies, l'existence d'un groupe identifiable de deux membres ou plus aurait été établie de manière définitive⁷⁴. Toutefois, la Cour d'appel a également rappelé qu'il n'est

70. *CCH Canadienne*, supra, note 20, par. 81.

71. *Voltage CAF*, supra, note 2, par. 87-91.

72. *Id.*, par. 93-95.

73. *Id.*, par. 96.

74. *Id.*, par. 97.

pas nécessaire de connaître l'identité et le nombre exact de membres du groupe au stade de l'autorisation⁷⁵.

En s'appuyant sur ces principes, la Cour d'appel a jugé que la preuve au dossier, bien qu'elle soit mince à ce sujet, était suffisante pour remplir la norme peu exigeante d'un « certain fondement factuel ». En effet, un des témoins de Voltage avait affirmé dans son affidavit et en contre-interrogatoire que l'adresse IP de M. Salna avait été « choisie », ce qui impliquait, selon la Cour d'appel, l'identification de plusieurs adresses IP⁷⁶.

En ce qui concerne le troisième critère, la Cour d'appel fédérale a conclu que la Cour fédérale avait commis une erreur en mettant l'accent sur la possibilité de résultats disparates en réponse aux questions pour les divers membres du groupe proposé. En s'appuyant sur l'arrêt *Brake*, la Cour d'appel a rappelé que le critère devant être appliqué est à savoir si la **question** à être résolue est commune aux membres du groupe proposé et non pas si son **issue** est commune aux membres⁷⁷. En outre, la Cour d'appel fédérale a réitéré que les *Règles des Cours fédérales* sont flexibles en ce qui concerne les recours collectifs et plusieurs solutions existent pour faciliter la résolution d'enjeux individuels qui pourraient se manifester, par exemple en créant des sous-groupes⁷⁸ ou des processus d'évaluation individuelle supervisés par la Cour⁷⁹.

La Cour d'appel a également rejeté l'argument de M. Salna selon lequel un FAI pourrait mal identifier le compte de l'abonné lié à l'adresse IP recueillie par Voltage lors de ses enquêtes. Il s'agissait, selon la Cour, d'une crainte spéculative à ce stade et, de toute façon, rien n'empêchait un membre du groupe de soulever l'identification erronée de son compte à titre de moyen de défense en réponse à la septième question commune proposée par Voltage, à savoir si l'individu possédait une défense valide en réponse aux allégations de contrefaçon⁸⁰. La Cour d'appel a donc conclu que le troisième critère était rempli.

Pour le quatrième critère, la Cour devait déterminer s'il y avait un certain fondement factuel à l'appui du choix de recours

75. *Id.*, par. 98.

76. *Id.*

77. *Voltage CAF*, *supra*, note 2, par. 100.

78. *Règles des Cours fédérales*, *supra*, note 46, art. 334.16(3).

79. *Id.*, art. 334.26(1).

80. *Voltage CAF*, *supra*, note 2, par. 101 et 103.

collectif comme étant le meilleur moyen pour résoudre les questions communes. Cette analyse doit être effectuée en tenant compte des objectifs principaux des recours collectifs (l'économie des ressources judiciaires, la modification des comportements et l'accès à la justice) et des critères établis par la jurisprudence⁸¹ :

- a) le critère du meilleur moyen comporte deux concepts fondamentaux :
 - (i) premièrement, la question de savoir si le recours collectif serait un moyen juste, efficace et pratique de faire progresser l'instance ;
 - (ii) deuxièmement, la question de savoir si le recours collectif serait préférable à tous les autres moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe ;
- b) pour faire cette détermination, il faut examiner les questions communes dans leur contexte, en tenant compte de l'importance des questions communes par rapport à la demande dans son ensemble ;
- c) le critère du meilleur moyen peut être satisfait même lorsqu'il y a d'importantes questions individuelles ; il n'est pas nécessaire que les questions communes prévalent sur les questions individuelles.

Selon la Cour d'appel, le juge de première instance n'avait pas effectué cette analyse. En effet, le juge avait commis une erreur de droit en fusionnant des préoccupations relatives au plan de litige de Voltage, qui devait plutôt être considéré dans le cadre du cinquième critère, avec son examen relatif au critère du meilleur moyen⁸². Selon la Cour d'appel, le critère du meilleur moyen visait des considérations de haut niveau, par opposition au plan de litige qui nécessite une analyse plus axée sur les détails⁸³.

La Cour d'appel a également jugé que la Cour fédérale avait commis une erreur en déclarant qu'il était préférable de s'en remettre à la jonction d'instances en l'espèce, sans fournir de motifs au soutien

81. *Brake c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 274, par. 85, citant *Wenham c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 199, par. 77.

82. *Voltage CAF*, *supra*, note 2, par. 108.

83. *Id.*, par. 109.

de cette conclusion⁸⁴. Selon la Cour d'appel, la preuve démontrait que Voltage avait identifié des milliers d'adresses IP. Bien que l'identification de tous les comptes associés à ces adresses ne soit pas simple, même un simple pourcentage de celles-ci pourrait permettre l'identification de centaines de contrefacteurs potentiels. En outre, aucune analyse n'avait été effectuée par la Cour fédérale pour déterminer la facilité de joindre autant d'actions distinctes ni l'impact de l'émission d'autant d'actions sur la Cour, les parties, les ressources judiciaires ou la commodité de faire exécuter des jugements par défaut éventuels, le cas échéant⁸⁵.

De plus, le juge de première instance avait commis une erreur, selon la Cour d'appel, en jugeant que l'option offerte aux membres du groupe de défendeurs de s'exclure de celui-ci permettrait à tous les membres de s'exclure et qu'il s'agissait d'une raison valable pour refuser l'autorisation du recours. Selon la Cour d'appel, cette éventualité est hypothétique et il ne s'agit pas d'une considération appropriée à ce stade des procédures. Dans tous les cas, il serait toujours possible de révoquer l'autorisation si cela devait se produire⁸⁶.

Bien que la Cour d'appel ait soulevé ces erreurs dans l'analyse effectuée par le juge de première instance, elle a ultimement jugé que la preuve au dossier était insuffisante pour rendre jugement quant au quatrième critère⁸⁷. Rappelons que dans le cadre de son analyse relative au deuxième critère, la Cour d'appel a jugé que malgré la minceur des preuves en lien avec la taille du groupe de défendeurs proposée, elle était persuadée de l'existence d'un groupe de défendeurs identifiables de deux personnes ou plus. Toutefois, en l'absence de preuve quant à la taille approximative de ce groupe, il était impossible pour la Cour d'appel de déterminer si un recours collectif était réellement le meilleur moyen de traiter les questions communes. La question a donc été renvoyée à la Cour fédérale pour réexamen par le juge de première instance.

Il en est de même pour le cinquième critère. En première instance, la Cour fédérale a jugé que M. Salna ne pouvait représenter équitablement et adéquatement les intérêts du groupe envisagé, puisqu'il n'avait pas suffisamment de motivation à le faire. Plus particulièrement, le pire scénario pour M. Salna serait une condamnation

84. *Id.*, par. 110 et 111.

85. *Id.*, par. 112.

86. *Id.*, par. 113-116.

87. *Id.*, par. 117-120.

de 5000 \$ en dommages-intérêts, le montant maximal de dommages préétablis pour utilisation d'une œuvre à des fins non commerciales. Il s'agissait d'une erreur, selon la Cour d'appel, puisqu'en suivant cette logique, il n'y aurait jamais de représentant adéquat lorsque les conséquences pécuniaires de chaque membre sont peu élevées⁸⁸. De plus, cette conclusion présuppose à tort qu'il serait moins dispendieux de se défendre contre la procédure si elle n'est pas autorisée comme recours collectif. Les recours collectifs permettent en effet de répartir les coûts entre les membres du groupe, diminuant ainsi la charge financière des défendeurs⁸⁹.

Selon la Cour d'appel, l'évaluation du cinquième critère nécessite une considération du plan de litige et les moyens pratiques proposés dans ce plan pour faire avancer le recours⁹⁰. Considérant l'erreur faite par la Cour fédérale dans son évaluation du plan de litige et la proximité des éléments à examiner dans le cadre du cinquième critère à des questions de procédure et pratique de la Cour, la Cour d'appel a renvoyé l'évaluation de cette question à la Cour fédérale pour réexamen⁹¹.

Enfin, la Cour d'appel fédérale a également commenté la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle l'utilisation du régime de notification était trop onéreuse, jugeant que cette conclusion était prématurée et spéculative. Selon la Cour d'appel, une analyse d'interprétation législative approfondie était manifestement nécessaire pour déterminer si l'effet du régime d'avis et avis devait être limité à l'exonération des FAI de leurs rôles dans la contrefaçon facilitée par les services qu'ils offrent et s'il était l'intention du législateur de permettre aux détenteurs de droits d'auteur de se servir du régime comme outil pour faire exécuter leurs droits⁹². La Cour fédérale avait commis une erreur en concluant qu'il serait trop onéreux pour les FAI de se servir du régime d'avis et avis pour envoyer des mises à jour concernant le déroulement du recours collectif aux membres du groupe de défendeurs, et ce, dans un vide juridique et sans avoir entendu d'arguments ou de preuve de la part des FAI qui seraient prétendument affectés⁹³.

88. *Id.*, par. 123.

89. *Id.*, par. 124.

90. *Id.*, par. 125.

91. *Id.*, par. 126.

92. *Id.*, par. 128.

93. *Id.*, par. 133.

2.3 Conclusion

En novembre 2021, les défendeurs ont déposé une demande d'autorisation d'appel de cette décision à la Cour suprême du Canada⁹⁴. Par conséquent, toutes parties intéressées par l'issue de l'affaire *Voltage* devront attendre encore quelque temps avant de savoir si le recours collectif sera autorisé ou non. Cela étant, la décision de la Cour d'appel fédérale est sans doute d'intérêt aux détenteurs de droits d'auteur dans leur lutte perpétuelle contre le piratage de contenu via Internet. Bien que Voltage puisse être confrontée à certains obstacles dans la preuve de ses allégations si le recours collectif est ultimement autorisé, la décision de la Cour d'appel fédérale donne à tout le moins espoir quant à la possibilité d'une nouvelle forme de recours à la disposition des détenteurs de droits d'auteur.

3. *TBV PRODUCTIONS, LLC c. UNTEL NO. 1 ET AL.*, 2021 CF 181

Dans l'affaire *TBV*, la Cour fédérale doit statuer sur le véhicule procédural approprié pour une réclamation en dommages préétablis à l'encontre d'un fournisseur d'accès Internet qui aurait prétendument fait défaut à ses obligations de transmission d'avis de violation de droit d'auteur sous le régime d'avis et avis⁹⁵. Bien que la Cour ait déjà permis à une partie de procéder avec une réclamation de ce type par voie d'une requête dans l'affaire *ME2 Productions inc. c. Doe et al.*⁹⁶, la Cour fédérale a distingué les faits en l'espèce, concluant que la demanderesse devait procéder par voie d'action. À moins de circonstances particulières, une action en dommages préétablis en vertu du paragraphe 41.26(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* ne peut être introduite par voie d'une requête.

3.1 Les faits de l'affaire *TBV*

En septembre 2018, la demanderesse TBV Productions, LLC (ci-après « *TBV* ») a intenté une action simplifiée pour violation de droit d'auteur contre 24 défendeurs non identifiés qui auraient prétendument téléchargé ou téléversé des copies du film *I Feel Pretty* sur Internet. *TBV* a été en mesure de recueillir les adresses IP des

94. *Robert Salna c. Voltage Pictures, LLC, et al.* (2021-11-05), n° 39895 (C.S.C.).

95. L.D.A., *supra*, note 6, art. 41.26(1)(b).

96. *ME2 Productions, Inc. c. M. Untel*, 2019 CF 214 (ci-après « *ME2* »).

individus soupçonnés d'avoir porté atteinte à leurs droits et d'identifier les FAI ayant assigné ces adresses à leurs clients.

TBV a procédé à l'envoi d'avis aux FAI, les obligeant sous le régime d'avis et avis de les transmettre aux clients impliqués. TBV a ensuite déposé une requête demandant à la Cour d'ordonner aux FAI de divulguer l'identité de leurs clients liés aux adresses IP recueillies par TBV, communément appelé une ordonnance Norwich. Dans sa requête, TBV réclamait également des dommages préétablis de la part des FAI pour le prétendu défaut de transmettre 60 avis à leurs clients, à un montant de 10 000 \$ pour chaque avis non transmis.

La question à être tranchée par la Cour fédérale en l'espèce est à savoir si TBV peut demander l'octroi de ces dommages par voie d'une requête ou bien si elle doit plutôt tenter une action distincte contre les FAI, en sus de son action contre les défendeurs non identifiés.

Au soutien de sa réclamation, TBV s'est appuyé sur la décision de la Cour fédérale dans *ME2*. Dans *ME2*, les demanderesses avaient déposé une requête pour obtenir une ordonnance Norwich, ainsi que des dommages préétablis de la part d'un FAI, Teksavvy Solutions, pour avoir fait défaut de se conformer à son obligation de maintenir un registre de certaines informations sur ses clients en vertu de l'alinéa 41.26(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*. La requête a été entendue par un protonotaire, qui avait émis l'ordonnance Norwich et accueilli la demande pour permission d'entendre les parties sur la question des dommages préétablis par voie d'une requête⁹⁷.

En appel, l'ordonnance a été annulée par un juge de la Cour fédérale, avec permission de présenter une nouvelle requête étayée par la meilleure preuve possible. Sur la question des dommages préétablis, le juge avait renvoyé le recours au protonotaire pour décision, concluant que le protonotaire n'avait commis aucune erreur manifeste et dominante en permettant que les questions relatives à la divulgation et aux dommages soient entendues de manière concurrente dans le contexte de la requête⁹⁸. Le juge était d'accord sur la connexité des deux questions dans les circonstances⁹⁹. Il a également noté la procédure établie par le protonotaire pour assurer l'équité et l'efficacité du processus, qui permettait notamment aux parties de formuler leur preuve sur la question des dommages par voie d'affidavits pouvant

97. *Id.*, par. 21-23.

98. *Id.*, par. 111.

99. *Id.*, par. 139.

subséquemment faire l'objet de contre-interrogatoires. Compte tenu du fait que TekSavvy aurait l'occasion de réfuter la preuve et de présenter la sienne, la Cour a conclu que le processus était équitable et proportionné et a renvoyé la demande au protonotaire pour une décision¹⁰⁰.

3.2 La décision de la Cour fédérale

Dans son jugement du 25 février 2021, la Cour fédérale a rejeté la requête de TBV, concluant qu'elle devait plutôt introduire une procédure distincte par voie de déclaration. D'abord, il importe de noter que la question relative à la divulgation a été réglée entre les parties et la seule question restant à être tranchée par la Cour était celle des dommages. Le juge a également fait la distinction entre les faits en l'espèce et ceux entourant la décision dans *ME2*, alors que le juge à la Cour fédérale devait se poser la question à savoir si le protonotaire avait commis une erreur manifeste et dominante en exerçant son pouvoir discrétionnaire de permettre à la demanderesse de procéder par voie de requête. En l'espèce, la seule question dont la Cour est saisie est à savoir s'il existe un fondement juridique permettant à la demanderesse de réclamer des dommages par voie d'une requête sans demande connexe d'ordonnance Norwich. Selon la Cour, à cette dernière question, on doit répondre par la négative¹⁰¹.

Contrairement aux faits dans *ME2*, TBV n'allègue pas que les FAI ont fait défaut à leurs obligations en vertu du régime d'avis et avis relativement aux adresses IP pour lesquelles la divulgation était demandée. TBV allègue plutôt que les FAI auraient omis de respecter leurs obligations à l'égard d'autres adresses IP, celles-ci étant assignées à d'autres abonnés dont les avis leur étant destinés n'ont jamais été transmis par les FAI. Ces derniers ont évoqué plusieurs raisons pour justifier leur défaut de communiquer les avis, dont notamment que certains avis étaient des doublons, qu'ils n'avaient pas d'adresses courriel pour les individus ou bien qu'ils n'étaient pas parties à la procédure en violation de droit d'auteur de la demanderesse. La question des dommages n'était donc pas liée à celle de la divulgation, comme elle l'était dans la décision *ME2*.

Généralement, des questions concernant la responsabilité et les dommages-intérêts doivent procéder par voie d'action, sauf dans certains cas prévus par la loi. En vertu de la *Loi sur le droit*

100. *Id.*, par. 142.

101. *TBV, supra*, note 3, par. 19 et 20.

d'auteur, les actions en contrefaçon peuvent être introduites par voie de déclaration ou de demande¹⁰². Toutefois, bien qu'en principe une demande comprend toute procédure qui n'est pas introduite par voie de déclaration ou de bref, cela ne signifie pas, selon la Cour fédérale, qu'une réclamation indépendante en dommages puisse être introduite par voie de requête¹⁰³. Il n'y a aucune disposition dans la *Loi sur le droit d'auteur* qui précise de quelle manière une procédure en dommages pour une omission de ses obligations sous le régime d'avis et avis devrait être introduite. En l'absence de disposition spécifique, le principe général devrait prévaloir¹⁰⁴.

Le juge retient également l'argument des FAI voulant que de permettre aux détenteurs de droit d'auteur de procéder par voie de requête exposerait des tiers à la poursuite en contrefaçon à des dommages substantiels, sans qu'ils puissent bénéficier des mêmes protections procédurales qu'une partie défenderesse, telles que l'échange des actes de procédure, la phase de communication de documents et d'interrogatoires au préalable (*discovery*) et la présentation de preuve dans le cadre d'un procès¹⁰⁵. Comme la Cour l'indique, le montant qu'un FAI pourrait être tenu de verser à titre de dommages préétablis se trouve à être beaucoup plus élevé que celui qu'un contrefacteur aurait à payer dans bien des cas. Il est donc logique que les FAI puissent bénéficier des droits procéduraux habituels¹⁰⁶.

Selon la Cour, la procédure de TBV représentait un effort d'outrepasser la procédure régulière pour obtenir les dommages qu'elle recherche¹⁰⁷. À la lumière des différences importantes entre les faits de la décision *ME2* et celles en l'espèce, rien ne justifiait de permettre cette déviation. Le juge précise toutefois que si les faits en l'espèce étaient plus rapprochés dans *ME2*, il se serait considéré lié par les motifs dans cette décision¹⁰⁸.

3.3 Conclusion

La décision de la Cour fédérale dans TBV est une victoire pour les FAI, en ce qu'elle réaffirme l'importance de suivre les voies procédurales habituelles et met en garde contre l'amalgame des rôles

102. L.D.A., *supra*, note 6, art. 34(4).

103. *TBV*, *supra*, note 3, par. 26-28.

104. *Id.*, par. 28.

105. *Id.*, par. 29.

106. *Id.*

107. *Id.*, par. 25.

108. *Id.*, par. 23.

de tierces parties intimées, auxquelles aucune faute n'est reprochée, et de parties défenderesses. Bien que cette distinction puisse sembler évidente, la ligne invisible délimitant les deux peut rapidement devenir embrouillée. Un exemple de ceci serait bien entendu le contraste entre les décisions dans *TBV* et *ME2*. Un autre exemple serait toutefois la nouvelle vague d'injonctions interlocutoires émises par les cours contre les FAI, par exemple pour le blocage de sites Web, et les fournisseurs d'outils de repérage pour la désindexation de contenu, alors que les défendeurs à la procédure en contrefaçon ne peuvent être identifiés et ne répondent pas aux allégations formulées contre eux. C'était le cas dans les arrêts *Equustek*¹⁰⁹ et *Teksavvy*¹¹⁰. Dans les deux cas, les cours ont jugé qu'il importait peu que l'issue de l'injonction interlocutoire soit effectivement traitée comme étant un recours final, plus puissant que toute autre mesure pouvant être obtenue à l'encontre des défendeurs récalcitrants. Ainsi, la décision de la Cour fédérale dans *TBV* est un rappel de la nécessité d'un juste équilibre entre les objectifs d'efficacité et d'économie des ressources judiciaires, d'une part, et des principes d'équité et de respect des garanties d'une procédure régulière, d'autre part.

4. WINKLER c. HENDLEY, 2021 CF 498

Dans la décision *Winkler*¹¹¹, la Cour fédérale s'est penchée pour la première fois sur la question de savoir si l'auteur d'une œuvre publiée et perçue comme une œuvre non fictive à caractère historique peut revendiquer un droit d'auteur sur les faits et événements fictifs qui y sont décrits. La Cour a répondu par la négative et a conclu que les faits historiques qui sont présentés de manière plausible par l'auteur comme constituant des faits historiques de cette nature doivent être exclus de la protection du droit d'auteur, et ce, même si la véracité des faits est ultérieurement contestée ou réfutée. La Cour a ainsi réaffirmé le principe selon lequel la protection du droit d'auteur ne s'applique pas aux faits. La Cour a conclu que la copie par le défendeur dans sa propre œuvre de non-fiction de faits et événements historiques présentés par l'auteur d'une œuvre antérieure comme étant vrais ne constituait pas la reproduction d'une « partie substantielle » de l'œuvre du demandeur et ne constituait pas une violation du droit d'auteur.

109. *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.*, 2017 CSC 34.

110. *Teksavvy Solutions Inc. c. Bell Media Inc.*, 2021 CAF 100.

111. *Winkler*, *supra*, note 4.

4.1 Les faits de l'affaire *Winkler*

En 1954, l'auteur canadien Thomas P. Kelley (ci-après « M. Kelley ») a écrit un livre intitulé *The Black Donnellys*, publié et vendu comme un récit non fictif sur la véritable histoire de la célèbre famille Donnelly de Lucan, en Ontario. En 1962, M. Kelley publie une suite à son premier livre intitulé *Vengeance of the Black Donnellys* (ci-après « *Vengeance* ») qui a été publié comme étant un récit fictif.

En 2004, l'auteur Nate Hendley (ci-après « M. Hendley ») et son éditeur, James Lorimer & Company Ltd., ont publié *The Black Donnellys: The Outrageous Tale of Canada's Deadliest Feud* (ci-après « *The Outrageous Tale* »), un récit non fictif de la tragédie de la famille Donnellys.

Le demandeur, Jon Winkler (ci-après « M. Winkler »), héritier de M. Kelley et titulaire du droit d'auteur, a poursuivi Hendley et son éditeur pour violation de droit d'auteur en les accusant d'avoir copié les événements fictifs décrits dans les œuvres de M. Kelley, *The Black Donnellys* et *Vengeance*, dans *The Outrageous Tale*, ainsi que d'avoir copié la manière de M. Kelley d'enjoliver les faits et événements historiques et son style de narration.

Le livre *The Black Donnellys* a continuellement été publié et vendu depuis 1954 comme une œuvre de non-fiction, et a été commercialisé par l'auteur, M. Kelley, et les éditeurs comme un véritable récit historique basé sur des « sources incontestables »¹¹².

M. Winkler a toutefois fait valoir que certains faits et événements historiques présentés comme étant véridiques dans les livres de M. Kelley étaient en fait erronés ou fictifs étant le fruit de l'imagination de M. Kelley et donc protégeables par le droit d'auteur.

M. Hendley a admis avoir consulté les récits factuels de M. Kelley lorsqu'il a fait des recherches pour écrire son propre livre sur la famille Donnelly. *The Black Donnellys* est d'ailleurs cité par M. Hendley comme autorité pour de nombreux événements historiques détaillés dans *The Outrageous Tale*. M. Hendley soutient que *The Black Donnellys* devrait être considéré comme une œuvre de non-fiction à caractère historique, car originellement qualifiée comme telle par M. Kelley, et par conséquent, M. Kelley et ses successeurs

112. *Id.*, par. 72, 73 et 105.

ne peuvent pas revendiquer le droit d'auteur sur les événements qui y sont décrits¹¹³.

La décision a été rendue en réponse à la requête des demandeurs en jugement sommaire pour violation du droit d'auteur et à la requête des défendeurs en jugement sommaire pour rejeter le recours.

4.2 L'analyse et les conclusions de la Cour fédérale

Dans le cadre de cette affaire, la Cour fédérale devait principalement déterminer si le fait de reprendre dans une œuvre originale, des faits et événements historiques présentés comme véridiques dans une œuvre antérieure, mais qui sont maintenant revendiqués par le titulaire du droit d'auteur comme étant erronés ou inventés, est une violation du droit d'auteur.

Les faits historiques ne sont pas protégeables par le droit d'auteur

Dans son analyse, la Cour a commencé par préciser qu'au Canada, le droit d'auteur existe « sur toute œuvre littéraire originale », peu importe « que cette œuvre soit de fiction ou de non-fiction », la *Loi sur le droit d'auteur* ne faisant aucune distinction entre les deux¹¹⁴. Une œuvre « originale » est une œuvre qui implique l'exercice de l'habileté et du jugement et qui n'est pas simplement copiée d'une autre œuvre.

La Cour a également réitéré le principe de longue date et généralement admis selon lequel la protection du droit d'auteur ne s'étend pas « aux faits ou aux idées », mais à « l'expression originale des idées »¹¹⁵.

En se basant sur la décision *Maltz c. Witteric*¹¹⁶, la Cour énonce que puisque les faits ne sont pas protégés par le droit d'auteur, ils ne font pas partie de « l'originalité » d'une œuvre. Dans ce cas, lorsque l'œuvre est une œuvre littéraire non fictive portant sur un sujet

113. *Id.*, par. 2.

114. *Winkler*, *supra*, note 4, par. 53 et 54, citant *CCH Canadienne*, *supra*, note 20, par. 8, 14, 16, 23, 25 et 28.

115. *Id.*, par. 54, citant *CCH Canadienne*, *supra*, note 20, par. 8, 14, 15 et 22 ; *Hager c. ECW Press Ltd.*, [1999] 2 C.F. 287 (T.D.), par. 44 ; *Maltz c. Witterick*, 2016 CF 524 (ci-après « *Maltz* »), par. 29-32 ; par. 55 citant *Deeks c. Wells*, [1931] O.R. 818.

116. *Maltz*, *supra*, note 115.

historique ou factuel, le droit d'auteur ne subsistera que sur « la méthode, la manière et les moyens particuliers » dont les faits sont présentés dans l'œuvre (par exemple, la sélection et l'agencement des faits), plutôt que sur les faits sous-jacents eux-mêmes. Cette originalité peut inclure « [l]a structure, [le] ton, [le] thème, [l']atmosphère et [l]es dialogues » de l'œuvre¹¹⁷. Par conséquent, des faits qui sont copiés et repris par un tiers dans une œuvre originale ne devraient pas faire partie de l'évaluation permettant de savoir si une partie importante de l'œuvre a été empruntée¹¹⁸.

Avant d'examiner la question substantielle de la violation du droit d'auteur, la Cour devait d'abord examiner la question de savoir si les faits revendiqués dans l'œuvre *The Black Donnellys* sont des faits historiques ou des faits fictifs et originaux du récit de M. Kelley.

M. Winkler soutenait que *The Black Donnellys* était une œuvre de fiction historique ou une fiction biographique, ce qui signifie qu'« elle raconte une histoire fictive avec comme toile de fond des événements et des individus bien réels, en y ajoutant des personnages, des faits et des détails destinés à égayer le récit pour le lecteur »¹¹⁹.

Au soutien de sa requête, M. Winkler alléguait principalement que M. Hendley a violé son droit d'auteur en incluant dans *The Outrageous Tale* un certain nombre de faits et d'événements décrits dans les œuvres de M. Kelley comme des faits historiques véritables, mais qui, selon M. Winkler n'étaient pas inspirés de l'histoire vraie des Donnellys et avaient été embellis ou inventés par M. Kelley, constituant donc des œuvres originales protégées par le droit d'auteur¹²⁰.

La Cour a rejeté d'emblée l'argument de M. Winkler et a conclu que l'œuvre de M. Kelly, *The Black Donnellys*, avait été présentée et traitée comme un récit historique non fictionnel décrivant des événements réels fondés sur des sources incontestables¹²¹.

La Cour s'est appuyée sur le fait que le livre *The Black Donnellys* a toujours été présenté depuis presque 70 ans par l'auteur, M. Kelley, et les éditeurs non pas comme une œuvre de fiction historique ou

117. *Winkler, supra*, note 4, par. 54, citant *Maltz c. Witterick, supra*, note 115, par. 33.

118. *Id.*, par. 58, citant *Maltz c. Witterick, supra*, note 115, par. 35 et 36.

119. *Id.*, par. 71.

120. *Id.*, par. 60, 80 et 164.

121. *Id.*, par. 4 et 105.

biographique, mais plutôt comme une histoire de « crime véritable » étant « *The True Story of Canada's Most Barbaric Feud* »¹²².

La Cour s'est également appuyée sur un certain nombre de déclarations faites par l'auteur M. Kelley dans le livre *The Black Donnellys* présentant l'œuvre comme une histoire véritable basée sur des « sources incontestables » notamment dans l'introduction de l'édition originale ainsi que dans certains passages dans lesquels M. Kelley mentionne la source des informations qu'il relate incluant d'anciens journaux, des archives de la police et des tribunaux, des dossiers historiques ainsi que des discussions personnelles¹²³. La Cour précise que ces événements ne se sont pas nécessairement produits, mais indique que ce ne sont pas des créations originales de M. Kelley, mais bien des faits qu'il a obtenus de sources fiables¹²⁴.

Dans le cadre de son analyse, la Cour a conclu qu'elle n'a pas besoin de déterminer si chacun des faits et événements affirmés est vrai ou faux, dérivé ou non du livre de M. Kelley, car les simples affirmations plausibles de l'auteur selon lesquelles les faits et événements sont véridiques étaient suffisantes pour conclure qu'ils ne sont pas protégés par le droit d'auteur¹²⁵.

Par conséquent, M. Hendley avait le droit de consulter les livres de M. Kelley en tant que source historique et d'utiliser les informations s'y retrouvant pour préparer sa propre œuvre sur l'histoire de la famille Donnelly, dans la mesure où ces informations étaient présentées comme des faits véridiques¹²⁶.

Cette conclusion avancée par la Cour se conforme à l'objectif de la *Loi sur le droit d'auteur* qui est de créer un juste équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des créateurs. Cet équilibre exige que la règle voulant que le droit d'auteur ne s'étende pas aux « faits » doive inclure les aspects que l'auteur peut présenter de manière plausible comme des faits, même s'il se peut que l'on établisse par la suite qu'ils sont faux¹²⁷. Cet équilibre ne pourrait pas être respecté si un créateur était autorisé à présenter quelque chose comme un fait, et donc non soumis au droit d'auteur, puis à poursuivre ensuite un utilisateur qui s'est appuyé sur son travail pour contrefaçon en

122. *Id.*, par. 72.

123. *Id.*, par. 73-75.

124. *Id.*, par. 78.

125. *Id.*, par. 89.

126. *Id.*, par. 95.

127. *Id.*, par. 92.

affirmant soudainement que ce n'était pas un fait. La Cour soulève également qu'une fois que des faits et informations présentés comme étant véridiques sont relatés, ils sont essentiellement versés dans le domaine public et les tiers sont alors libres de réutiliser ces faits dans leurs propres récits.

En conclusion, la Cour a rejeté la position de M. Winkler selon laquelle le livre de M. Kelley était une œuvre de fiction historique ou de fiction biographique et a statué qu'« un auteur qui publie ce qu'il dit être un récit historique non fictif ne peut prétendre ultérieurement que le récit est en fait fictif pour éviter le principe selon lequel il n'y a pas de droit d'auteur sur les faits »¹²⁸. La Cour a également conclu que les faits historiques tenus pour vrais ne sont pas protégés par le droit d'auteur, même si leur véracité objective est ultérieurement remise en question ou même réfutée¹²⁹.

Par conséquent, M. Winkler ne pouvait pas chercher à réfuter son propre récit historique non fictif et revendiquer un droit d'auteur sur ces faits fictifs.

L'absence de reproduction d'une partie substantielle de l'œuvre originale

La Cour rappelle que, puisque le droit d'auteur sur une œuvre comporte « le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre »¹³⁰, n'importe quelle œuvre qui reproduit une « partie importante » d'une œuvre protégée par le droit d'auteur viole ce droit exclusif. Dans le cadre de son évaluation de la reproduction d'une partie substantielle des œuvres de M. Kelley, la Cour réitère les enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt *Cinar Corporation c. Robinson*¹³¹ qui a défini ce qu'est une « partie importante » de l'œuvre.

Il s'agit d'une question de fait et de degré. « La question de savoir si une partie est importante est qualitative plutôt que quantitative »[...] [...] On détermine ce qui constitue une partie importante en fonction de l'originalité de l'œuvre qui doit être protégée par la *Loi sur le droit d'auteur*. En règle générale, une partie importante d'une œuvre est une partie qui représente

128. *Id.*, par. 4.

129. *Id.*, par. 97.

130. L.D.A., *supra*, note 6, art. 3.

131. 2013 CSC 73 (ci-après « *Cinar* »).

une part importante du talent et du jugement de l'auteur exprimés dans l'œuvre.¹³²

La Cour, s'appuyant toujours sur l'arrêt de la Cour suprême *Cinar*, indique que l'évaluation de la « partie importante » de l'œuvre est de nature globale, et qu'elle ne doit pas être faite en se fondant sur des passages ou des mots isolés pris hors du contexte dans lesquels ils se trouvent¹³³. Toutefois, compte tenu de la forme des rapports d'expert, la Cour indique qu'il est nécessaire de les passer en revue afin d'examiner si, par leur effet cumulatif, ces passages sont assimilables à la copie d'une partie importante d'une œuvre¹³⁴.

En procédant à une analyse holistique, la Cour a par la suite expliqué que l'évaluation de la question de savoir s'il y a eu reproduction d'une « partie substantielle » des œuvres de M. Kelley est déterminée par rapport à l'originalité de l'œuvre qui justifie la protection de la *Loi sur le droit d'auteur*¹³⁵.

Dans le cas d'une œuvre de non-fiction, la protection du droit d'auteur ne s'étend pas aux « faits historiques » ou à leurs chronologies et le droit d'auteur porte sur la méthode, la manière et les moyens particuliers dont les faits sont présentés dans l'œuvre (par exemple, la sélection et l'agencement des faits), plutôt que sur les faits sous-jacents eux-mêmes.

Ayant conclu que *The Black Donnellys* est une œuvre de non-fiction à caractère historique, et que le droit d'auteur ne subsiste pas sur les faits et événements qui s'y trouvent, peu importe leur véracité objective, la Cour a donc évalué s'il y avait une violation du droit d'auteur des passages revendiqués par M. Winkler dans *The Black Donnellys* sur la base d'autres éléments, notamment la structure, le ton, le thème, l'atmosphère et le dialogue¹³⁶.

La Cour, après s'être livrée à une évaluation holistique et globale des œuvres, de leur originalité et des similitudes, a estimé que M. Hendley n'avait pas reproduit dans *The Outrageous Tale* une partie substantielle de *The Black Donnellys* de M. Kelley¹³⁷.

132. *Winkler, supra*, note 4, par. 57.

133. *Id.*, par. 113, citant *Cinar, supra*, note 131, par. 35 et 36.

134. *Id.*

135. *Id.*, par. 109.

136. *Id.*, par. 154.

137. *Id.*, par. 155.

La Cour a dénoté que les quelques endroits où l'on peut relever des formulations ou des descriptions semblables dans les œuvres de M. Kelley et M. Hendley ne sont pas particulièrement importants ou ne constituent pas des aspects originaux de l'histoire des Donnelly dans *The Black Donnellys*¹³⁸.

La Cour a conclu que M. Winkler n'avait pas établi que l'ouvrage de M. Hendley, *The Outrageous Tale*, a reproduit une partie importante de *The Black Donnellys* et, par conséquent, qu'il n'y a pas eu de violation du droit d'auteur¹³⁹.

4.3 Conclusion

La décision *Winkler* semble être la première en droit canadien où une cour s'est penchée sur la violation du droit d'auteur d'une œuvre présentée comme une œuvre de non-fiction à caractère historique, mais dont le titulaire du droit d'auteur prétend ultérieurement être en fait une œuvre fictive.

Winkler a affirmé la règle établissant qu'il n'y ait pas de droit d'auteur sur les faits, peu importe que leur véracité objective soit plus tard mise en doute, voire réfutée.

Il ressort également de la décision qu'un auteur (ou ses ayants droit) qui publie une œuvre de non-fiction à caractère historique qu'il prétend être basée sur des faits véritables ne peut pas prétendre ultérieurement que ces faits sont en réalité fictifs et ainsi revendiquer le droit d'auteur sur ceux-ci. Afin d'être protégés par le droit d'auteur, les auteurs devraient donc porter une attention particulière à la façon dont ils identifient ou caractérisent initialement leurs œuvres afin d'être protégés par le droit d'auteur.

5. BOUCHARD c. IKEA, 2021 QCCS 1376

Le 28 janvier 2021, la Cour supérieure du Québec a rendu une décision intéressante en droit d'auteur dans l'affaire *Bouchard c. Ikea*¹⁴⁰, dans laquelle elle réitère le principe bien connu que le droit d'auteur protège l'expression des idées dans une œuvre et non les idées en tant que telles.

138. *Id.*, par. 152.

139. *Id.*, par. 155.

140. *Bouchard*, *supra*, note 5.

Dans cette affaire, la demanderesse, madame Claude Bouchard (ci-après « madame Bouchard »), poursuivait le géant Ikea Canada Limited Partnership et Inter Ikea Systems B.V. (ci-après « IKEA ») en violation de droit d'auteur pour avoir copié le style de ses jouets en peluche conçus à partir de dessins d'enfants.

Madame Bouchard cherchant à protéger une idée, un concept ou un style, ce qui n'est pas protégeable par le droit d'auteur, a vu rejetée son action en contrefaçon de droit d'auteur pour le motif que celle-ci était manifestement mal fondée et n'avait aucune chance raisonnable de succès.

5.1 Les faits de l'affaire *Bouchard*

Madame Bouchard est une artiste québécoise qui est notamment reconnue pour ses jouets en peluche créés à partir de dessins d'enfants. Depuis 1970, madame Bouchard a créé environ 80 modèles de peluches qui ont été exposés dans des musées et commercialisés autant au Québec qu'à l'international.

En 1994, le Fonds des Nations unies pour l'enfance (ci-après « UNICEF ») a accepté que madame Bouchard offre en vente ses peluches à partir de dessins d'enfants dans sa boutique de Montréal, où elles ont été vendues jusqu'à sa fermeture en 2005¹⁴¹.

En septembre 2014, le détaillant IKEA a invité des enfants du monde entier à soumettre leurs dessins dans le cadre d'un concours international. IKEA a fabriqué, à partir des dessins gagnants, dix peluches qu'elle a commercialisées dans la collection « Soguskatt », et dont les profits de la vente de ces jouets ont ensuite été distribués auprès de divers organismes internationaux de bienfaisance, dont l'UNICEF¹⁴².

Constatant une ressemblance entre les jouets d'IKEA et les peluches qu'elle crée depuis des décennies, madame Bouchard a déposé une poursuite contre IKEA et l'UNICEF leur reprochant d'avoir violé ses droits d'auteur en commercialisant des peluches ayant les mêmes caractéristiques que les siennes.

En juin 2018, à la suite d'une demande en exception déclaratoire, l'honorable juge Denis Jacques de la Cour supérieure a rejeté

141. *Id.*, par. 37.

142. *Id.*, par. 11.

l'action de madame Bouchard contre l'UNICEF sur la base de l'immunité absolue contre les poursuites judiciaires dont l'UNICEF bénéficie en tant qu'organisme subsidiaire de l'Organisation des Nations unies (ci-après « ONU »)¹⁴³. Le recours en violation des droits d'auteur de madame Bouchard s'est donc poursuivi seulement contre IKEA¹⁴⁴.

IKEA a dès lors saisi le Tribunal demandant le rejet de l'action pour abus de procédure au motif que le recours intenté par madame Bouchard est manifestement mal fondé en droit.

5.2 L'analyse et les conclusions de la Cour supérieure du Québec

Après avoir rappelé les principes juridiques applicables en matière de demande de rejet d'un recours pour abus de procédure fondée sur l'article 51 du *Code de procédure civile* (ci-après « C.p.c. »), le Tribunal s'est penché sur les deux principaux motifs invoqués par IKEA au soutien de sa demande en rejet. IKEA fait essentiellement valoir que le recours de madame Bouchard doit être rejeté, car :

- (1) IKEA n'a pas eu accès aux œuvres de madame Bouchard ;
et
- (2) le recours est manifestement voué à l'échec puisqu'il n'y a pas eu de reproduction d'une partie importante d'une œuvre¹⁴⁵ de la Demanderesse au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*.¹⁴⁶

Absence d'accès aux œuvres de madame Bouchard

Le Tribunal a rejeté d'emblée le premier argument d'IKEA selon lequel il y a une absence d'accès aux œuvres de madame Bouchard et, par conséquent, une absence de contrefaçon.

Le Tribunal conclut que les procédures sont à un stade trop préliminaire pour déterminer l'issue de cette question, l'accès aux

143. *Bouchard c. Ikea Canada*, 2018 QCCS 2690.

144. À noter qu'IKEA avait également déposé une demande en irrecevabilité en vertu de l'article 168 C.p.c. qui a été rejetée par le Tribunal ayant jugé que le litige était à une étape trop préliminaire pour pouvoir trancher la question : *Bouchard c. Ikea Canada*, *supra*, note 142. Voir aussi, *Bouchard*, *supra*, note 5, par. 20 et 21.

145. L.D.A., *supra*, note 6, art. 3 et 27.

146. *Bouchard*, *supra*, note 5, par. 15-17.

œuvres pouvant dépendre notamment de la crédibilité des témoins au procès et des faits devant être clarifiés devant le juge du fond¹⁴⁷.

De plus, le Tribunal ne peut écarter la possibilité de l'existence depuis plusieurs années d'une relation d'affaires sérieuse entre IKEA et UNICEF, qui ont collaboré sur certains projets depuis les années 1990, pouvant avoir rendu possible et vraisemblable l'accès aux œuvres de madame Bouchard¹⁴⁸.

Absence de reproduction d'une partie importante d'une œuvre de madame Bouchard

Bien qu'elle ait écarté son premier argument, le Tribunal a donné raison à IKEA quant au motif établissant que le recours en violation de droit d'auteur de madame Bouchard est « manifestement voué à l'échec ».

Dans sa demande, madame Bouchard allègue qu'IKEA a prétendument copié son concept de peluches puisque les jouets commercialisés par IKEA reprennent huit des onze caractéristiques essentielles de ses peluches, nommément :

- i. Des yeux ronds découpés dans des tissus qui ne s'effilochent pas et cousus dans les contours ;
- ii. Des bouches linéaires découpées en mince bordure et cousues dans les tissus qui ne s'effilochent pas ;
- iii. Rembourrage de fibres en polyester ;
- iv. Le jouet est proportionné aux mains des enfants ;
- v. Réalisation fidèle au dessin de l'enfant ;
- vi. Indication du nom de l'enfant et de son âge sur carte étiquette ;
- vii. Tout est en aplat, tête, corps, pattes, queue et au même plan et rembourré ;
- viii. Utilisation de textile, peluche et l'application des couleurs originelles des dessins.¹⁴⁹

147. *Id.*, par. 34, 40 et 41.

148. *Id.*, par. 37-39.

149. *Id.*, par. 49.

Comme le droit d'auteur sur une œuvre comporte « le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre »¹⁵⁰, madame Bouchard doit démontrer qu'une partie importante de ses œuvres a été reproduite par IKEA.

Le Tribunal débute son analyse sur la reproduction en rappelant les principes établis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Cinar*¹⁵¹ quant à la définition d'une partie importante d'une œuvre. Selon cet arrêt, la question de la reproduction d'une partie importante doit être évaluée au moyen d'un examen qualitatif et global de l'œuvre protégée et l'œuvre prétendument contrefaite¹⁵².

Le Tribunal conclut que, bien que les peluches de madame Bouchard et celles d'IKEA soient créées toutes deux à partir de dessins d'enfants, les dessins utilisés par les parties étant tous différents et uniques, il va de soi que les peluches qui en découlent sont toutes aussi uniques et complètement différentes¹⁵³.

Madame Bouchard a d'ailleurs admis à plusieurs reprises lors de son interrogatoire au préalable que les jouets d'IKEA sont différents et ne ressemblent aucunement à ses peluches¹⁵⁴. Madame Bouchard admet également « qu'un jouet fait à partir d'un dessin d'enfant unique est en soi un jouet unique »¹⁵⁵.

Par conséquent, si les jouets des parties ne se ressemblent aucunement, une partie substantielle des œuvres de madame Bouchard ne peut avoir été reproduite par IKEA dans ses peluches¹⁵⁶.

Madame Bouchard alléguait plutôt qu'IKEA avait reproduit son idée, son concept, ou le style de ses créations en fabriquant des peluches conçues à partir de dessins d'enfants. Madame Bouchard a d'ailleurs admis en interrogatoire que la similitude qui existe entre les jouets d'IKEA et ses peluches « C'est le style »¹⁵⁷.

150. L.D.A., art. 3.

151. *Cinar*, *supra*, note 132.

152. *Bouchard*, *supra*, note 5, par. 46 et 47, citant *Cinar*, *supra*, note 131, par. 26, 35 et 36.

153. *Bouchard*, *supra*, note 5, par. 54.

154. *Id.*, par. 51.

155. *Id.*, par. 53.

156. *Id.*, par. 55.

157. *Id.*, par. 58.

Or, la *Loi sur le droit d'auteur* ne protège pas les idées, les concepts, les styles, les méthodes et les techniques de fabrication¹⁵⁸. Le style d'un artiste ou son « œuvre » en général, soit l'ensemble de son travail (ici, les 80 modèles de peluches créées par madame Bouchard), n'est pas non plus protégeable par le droit d'auteur¹⁵⁹.

En citant l'arrêt de la Cour suprême *CCH Canadienne ltée c. Barreau du Haut-Canada*, le Tribunal rappelle que le droit d'auteur au Canada protège l'expression des idées dans les œuvres, mais non les idées comme telles¹⁶⁰.

Le Tribunal en vient à conclure que madame Bouchard cherchait essentiellement à faire valoir un droit d'auteur sur un style ou une façon de faire, ce qui n'est clairement pas protégeable en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*. Sur la base du droit d'auteur, il est clair que les œuvres de madame Bouchard, à savoir ses peluches, n'ont pas été contrefaites par IKEA, qui pouvait s'inspirer de son style. Par conséquent, le Tribunal a jugé que la demande de madame Bouchard était vouée à l'échec et frivole et a rejeté pour abus sa demande dans son intégralité¹⁶¹.

5.3 Conclusion

L'arrêt *Bouchard* présente un résumé de ce qui est protégeable par la *Loi sur le droit d'auteur*, et confirme également le principe de longue date selon lequel le droit d'auteur ne protège pas les idées, mais plutôt l'expression de ces idées dans une œuvre. Par conséquent, un artiste ne pourrait pas revendiquer avoir des droits d'auteur sur une idée, un style, un concept, une technique ou une méthode qu'il a développée ou utilisée pour concevoir une œuvre (et ce, même si c'est original). Un artiste ne pourrait donc pas empêcher d'autres artistes de créer dans sa propre inspiration en utilisant le même style.

158. *Id.*, par. 65, citant *Pyrrha Design Inc. c. Plum and Posey Inc.*, 2019 CF 129, par. 94 ; *Drouin c. Procureure générale du Québec*, 2017 QCCS 5885, par. 21 et 81 (appel rejeté *Drouin c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCA 701).

159. *Id.*, par. 65, citant *Rains c. Molea*, 2013 ONSC 5016, par. 22.

160. *Id.*, par. 66, citant *CCH Canadienne*, *supra*, note 20, par. 8.

161. *Id.*, par. 74 et 75.