

Vol. 24, n° 2

Survol de cinq décisions d'intérêt en matière de technologies de l'information en 2011

Vincent Bergeron*

| | |
|---|-----|
| INTRODUCTION | 395 |
| 1. <i>Crookes c. Newton</i> : diffamation et hyperliens. | 395 |
| 1.1 Les faits | 395 |
| 1.2 La question en litige. | 396 |
| 1.3 L'analyse et les conclusions de la Cour. | 396 |
| 1.4 Les répercussions de ce jugement | 399 |
| 2. <i>Voltage Pictures LLC c. Untel</i> : le partage de fichiers illégaux sur Internet | 399 |
| 2.1 Les faits | 399 |
| 2.2 La question en litige. | 400 |
| 2.3 L'analyse et les conclusions de la Cour. | 401 |
| 2.4 Les répercussions de ce jugement | 402 |

© CIPS, 2012.

* Avocat de ROBIC, S.E.N.C.R.L., un cabinet multidisciplinaire d'avocats et d'agents de brevets et d'agents de marques de commerce.

| | | |
|-----|--|-----|
| 3. | <i>Private Career Training Institutions Agency c. Vancouver Career College</i> : l'utilisation de noms et de marques de commerce de tiers comme mots clés sur les moteurs de recherche | 403 |
| 3.1 | Les faits | 403 |
| 3.2 | La question en litige. | 405 |
| 3.3 | L'analyse et les conclusions de la Cour. | 405 |
| 3.4 | Les répercussions de ce jugement | 406 |
| 4. | <i>Tucows.Com Co. c. Lojas Renner S.A.</i> : le droit de propriété sur un nom de domaine. | 407 |
| 4.1 | Les faits | 407 |
| 4.2 | La question en litige. | 409 |
| 4.3 | L'analyse et les conclusions de la Cour. | 409 |
| 4.4 | Les répercussions de ce jugement | 410 |
| 5. | <i>Boivin & Associés c. Scott</i> : la signification de procédures par le biais de Facebook | 411 |
| 5.1 | Les faits | 411 |
| 5.2 | La question en litige. | 412 |
| 5.3 | L'analyse et les conclusions de la Cour. | 412 |
| 5.4 | Les répercussions de ce jugement | 414 |
| | CONCLUSION | 415 |

INTRODUCTION

Depuis l'apparition et la démocratisation d'Internet et des courriels, de la prolifération des pages Internet, de l'expansion des noms de domaine disponibles, de l'arrivée et de la popularisation des médias sociaux, ainsi que de l'arrivée sur le marché d'une gamme d'appareils mobiles multifonctions se renouvelant sans cesse, les façons des individus et des entreprises d'interagir ne cessent d'évoluer.

Dans ce contexte, les aspects juridiques applicables à certains actes courants se retrouvent dans une zone grise, lorsque ces actes se déroulent dans un contexte relié aux technologies de l'information.

Ainsi, chaque année voit son lot de décisions d'importance en matière de technologies de l'information, lesquelles tiennent compte de plus en plus du contexte technologique et social qui évolue à une vitesse fulgurante.

L'année 2011 n'ayant pas fait exception à cette tendance, la présente revue couvrira cinq décisions qui, d'une façon ou d'une autre, ont retenu notre attention au cours de la dernière année. Il sera donc question i) de diffamation par le biais d'hyperliens, ii) de partage de fichiers illégaux sur Internet, iii) de l'utilisation de noms et de marques de commerce de tiers comme mots clés sur les moteurs de recherche, iv) du droit de propriété sur un nom de domaine et, finalement, v) de la signification de procédures par le biais de Facebook.

1. *Crookes c. Newton*¹ : diffamation et hyperliens

1.1 *Les faits*

Le 19 octobre 2011, la Cour suprême du Canada a rendu une décision très intéressante en matière de diffamation par le biais d'hyperliens redirigeant un utilisateur à du contenu externe.

1. *Crookes c. Newton*, 2011 CSC 47.

De façon générale, afin d'obtenir gain de cause dans une action en diffamation, « le demandeur doit établir suivant la prépondérance des probabilités que les mots diffamatoires ont été diffusés, c'est-à-dire qu'ils « ont été communiqués à au moins une personne autre que le demandeur » (*Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640, par. 28) »².

Dans cette affaire, dont les faits se déroulaient en 2005, plusieurs articles avaient été publiés sur un certain nombre de sites Internet dans le cadre d'une « campagne de dénigrement » contre le demandeur, Wayne Crookes, et d'autres membres du Parti vert du Canada, dont il faisait partie.

Jon Newton, le défendeur, possédait et exploitait quant à lui un site Internet en Colombie-Britannique sur lequel il commentait divers sujets, dont notamment la question de la liberté d'expression dans le contexte de l'Internet. Un des articles publiés sur ledit site Internet comprenait des hyperliens menant vers d'autres sites, où se trouvaient des propos peu flatteurs à l'encontre de M. Crookes.

M. Crookes avait alors contacté M. Newton afin de lui demander de retirer les hyperliens de son site Internet. Devant le refus de M. Newton d'effectuer un tel retrait, M. Crookes avait intenté un recours devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, alléguant que M. Newton avait diffusé des propos diffamatoires à son endroit. Le recours fut toutefois rejeté, tant en première instance³ qu'en appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique⁴.

1.2 La question en litige

Essentiellement, la Cour suprême devait décider si la simple incorporation dans une page Internet d'hyperliens permettant d'accéder à des documents externes contenant des propos diffamatoires devait être considérée comme une « diffusion » de ces propos et, donc, passible d'une condamnation en diffamation.

1.3 L'analyse et les conclusions de la Cour

La juge Abella, rendant jugement pour la majorité, a confirmé les décisions des instances inférieures à l'effet que l'incorporation

2. *Ibid.*, par. 1.

3. 2008 BCSC 1424, 88 BCLR (4th) 395.

4. 2009 BCCA 392, 96 B.C.L.R. (4th) 315.

d'hyperliens qui renvoient à des propos diffamatoires n'équivaut pas à une diffusion desdits propos, ni même à une répétition de ceux-ci :

Le fait de renvoyer à un contenu étranger à son texte diffère fondamentalement d'autres actes relevant de la diffusion car il ne comporte pas, en soi, l'exercice d'un contrôle sur ce contenu. La communication d'une information diffère nettement de la simple mention que l'information existe ou encore de l'endroit où elle se trouve. Contrairement à la simple mention de son existence, la communication d'une information consiste en la dissémination du contenu, et elle suppose l'existence d'un contrôle à la fois sur ce dernier et sur l'existence même d'un auditoire. Même si la personne qui renvoie à une publication diffamatoire a pour but d'en élargir l'auditoire, sa participation n'est qu'accessoire à celle du diffuseur initial : que cette personne y ait renvoyé ou non, l'information prétendument diffamatoire a déjà été mise à la disposition du public par le biais des actes du diffuseur initial. Ces caractéristiques du renvoi le distinguent autant des actes posés dans le cadre du processus de diffusion, tels la création ou l'affichage de la publication diffamatoire, que de la répétition.⁵

Par ailleurs, la Cour ajoute que les hyperliens ne sont que des renvois à d'autres sources de contenu sur lesquelles la personne qui effectue le renvoi n'a aucun contrôle. Les hyperliens sont donc des sources neutres permettant uniquement de signaler l'existence d'une information, sans que la personne effectuant le renvoi en publie elle-même le contenu.

La juge Abella ajoute un commentaire intéressant quant à l'utilité des hyperliens, ainsi qu'aux répercussions négatives et à l'effet paralysant que pourrait avoir le fait d'assujettir les hyperliens à la règle traditionnellement applicable en matière de diffusion :

En bref, l'Internet ne peut donner accès à l'information sans les hyperliens. Or, limiter l'utilité de ces derniers en les assujettissant à la règle traditionnellement applicable en matière de diffusion aurait pour effet de gravement restreindre la circulation de l'information et, partant, la liberté d'expression. L'« effet paralysant » que cela serait susceptible d'avoir sur le fonctionnement de l'Internet pourrait être lourd de conséquences désastreuses, car il est peu probable que les auteurs d'articles

5. *Supra*, note 1, par. 26.

de fond consentiraient à courir le risque d'engager leur responsabilité en incorporant dans leurs articles des liens menant à d'autres articles dont le contenu peut changer tout à fait indépendamment de leur volonté. Compte tenu de l'importance capitale du rôle des hyperliens dans l'Internet, nous risquons de compromettre le fonctionnement de l'Internet dans son ensemble. L'application stricte de la règle en matière de diffusion dans ces circonstances reviendrait à s'efforcer de faire entrer une cheville carrée archaïque dans le trou hexagonal de la modernité.⁶

Ainsi, la Cour conclut que la simple mention par le biais d'un hyperlien de l'existence d'un contenu ou de l'endroit où il se trouve ne revient pas à le diffuser. Toutefois, lorsque la personne qui crée l'hyperlien fait ainsi en sorte de reprendre les propos diffamatoires de façon à les répéter, il y aura alors diffusion des propos diffamatoires⁷.

La juge en chef McLachlin et le juge Fish, dans leurs motifs concordants, sont toutefois d'avis que dans certains cas, la combinaison du texte et de l'hyperlien peut parfois équivaloir à la diffusion des propos diffamatoires :

À notre avis, la combinaison du texte et de l'hyperlien peut, dans certaines circonstances, équivaloir à la diffusion des propos diffamatoires auxquels ce dernier renvoie. Il faut conclure à la diffusion de propos diffamatoires par le biais d'un hyperlien s'il ressort du texte que l'auteur *adopte les propos auxquels l'hyperlien renvoie, ou y adhère*. Si le texte indique qu'il souscrit au contenu auquel renvoie l'hyperlien, l'auteur sera alors responsable du contenu diffamatoire. Il faut démontrer que le défendeur adopte les mots ou les propos diffamatoires, ou y adhère ; le simple renvoi général à un site Web ne suffit pas. Ainsi, le défendeur qui renvoie à un site Web anodin en en approuvant le contenu ne verra pas sa responsabilité engagée si ce dernier est ultérieurement modifié par l'ajout de propos diffamatoires.⁸ [les italiques sont nôtres]

6. *Ibid.*, par. 36.

7. *Ibid.*, par. 42.

8. *Ibid.*, par. 48.

1.4 Les répercussions de ce jugement

Suivant cet arrêt important de la Cour suprême, il est maintenant clair que le seul fait de publier un hyperlien référant à des propos diffamatoires ne pourra engager de ce seul chef la responsabilité du diffuseur de l'hyperlien pour diffamation. La répétition des commentaires diffamatoires ou la publication de nouveaux propos diffamatoires, en association avec l'hyperlien, pourra quant à elle être considérée comme une diffusion des propos diffamatoires et engager la responsabilité de son auteur.

Il semble donc que plusieurs bloggeurs et adeptes de publications de contenu par le biais des médias sociaux seront soulagés d'apprendre qu'ils pourront poursuivre la pratique courante de référer leurs lecteurs à du contenu externe, sans risquer d'être poursuivis en diffamation pour des propos tenus par des tiers, et pouvant être modifiés à leur insu.

2. Voltage Pictures LLC c. Untel⁹ : le partage de fichiers illégaux sur Internet

2.1 Les faits

Après avoir intenté des procédures similaires aux États-Unis et au Royaume-Uni, le studio américain Voltage Pictures LLC (« Voltage Pictures »), détenteur des droits d'auteur sur le film « The Hurt Locker », a pris la décision en 2011 de s'attaquer aux internautes canadiens ayant téléchargé le film illégalement par le biais de réseaux poste-à-poste.

Voltage Pictures aurait d'abord identifié les adresses IP d'internautes ayant copié et distribué illégalement le film. Les adresses IP étant des adresses uniques octroyées à chacun des modems fournis par les fournisseurs de services Internet et permettant aux internautes d'accéder à Internet, Voltage Pictures a dû se tourner vers la Cour fédérale afin d'obtenir l'identité des individus associés aux adresses IP. La demande de Voltage Pictures visait essentiellement l'émission d'une ordonnance permettant d'interroger au préalable les fournisseurs de services Internet afin que ceux-ci divulguent les noms et les adresses des clients qui correspondaient aux adresses IP déjà obtenues, pour que des mises en demeure puissent être envoyées aux personnes ainsi identifiées.

9. *Voltage Pictures LLC c. Untel*, 2011 CF 1024 (C.F., le juge Shore).

Les fournisseurs de services Internet rattachés aux adresses IP identifiées étaient Bell Canada, Cogeco Câble Inc. et Vidéotron s.e.n.c. La demande de Voltage Pictures était donc fondée sur le fait que, sans les informations à être divulguées par ces fournisseurs de service Internet, elle n'était pas en mesure d'identifier ceux qui violaient ses droits d'auteur, se voyant ainsi privée de son droit de les poursuivre.

2.2 *La question en litige*

Essentiellement, la Cour fédérale devait décider si, en vertu du droit applicable, elle pouvait valablement permettre la tenue d'un interrogatoire préalable des fournisseurs de services Internet, tierces parties au litige.

Citant un passage de la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *BMG Canada inc. c. John Doe*¹⁰, la Cour fédérale a confirmé que :

[s]elon la Cour d'appel fédérale, il est indiqué de procéder à un interrogatoire préalable par écrit des fournisseurs de service internet lorsque leurs clients violent les droits d'auteur de la partie demanderesse.¹¹

Afin de démontrer qu'elle avait une demande légitime à faire valoir, Voltage Pictures devait toutefois démontrer que sa demande répondait aux dispositions de la Règle 238 des *Règles des Cours fédérales*¹² :

238. (1) Une partie à une action peut, par voie de requête, demander l'autorisation de procéder à l'interrogatoire préalable d'une personne qui n'est pas une partie, autre qu'un témoin expert d'une partie, qui pourrait posséder des renseignements sur une question litigieuse soulevée dans l'action.

[...]

(3) Par suite de la requête visée au paragraphe (1), la Cour peut autoriser la partie à interroger une personne et fixer la date et

10. *BMG Canada inc. c. John Doe*, 2005 C.A.F. 193, par. 25, 41 et 42.

11. *Supra*, note 9, par. 14.

12. *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106.

l'heure de l'interrogatoire et la façon de procéder, si elle est convaincue, à la fois :

- a) que la personne peut posséder des renseignements sur une question litigieuse soulevée dans l'action ;
- b) que la partie n'a pu obtenir ces renseignements de la personne de façon informelle ou d'une autre source par des moyens raisonnables ;
- c) qu'il serait injuste de ne pas permettre à la partie d'interroger la personne avant l'instruction ;
- d) que l'interrogatoire n'occasionnera pas de retards, d'inconvénients ou de frais déraisonnables à la personne ou aux autres parties.

2.3 L'analyse et les conclusions de la Cour

Le juge Shore a donc analysé les faits lui étant soumis à la lumière de chacun des critères énumérés au paragraphe 3 de la Règle 238 des *Règles des Cours fédérales*.

En premier lieu, la Cour a jugé que les noms et adresses des défendeurs éventuels, tels que connus par les fournisseurs de service Internet par le biais des adresses IP identifiées par Voltage Pictures, étaient pertinents au litige.

Ensuite, la Cour a affirmé que, sans une ordonnance de la Cour fédérale, les fournisseurs de services Internet ne pouvaient pas divulguer les noms et adresses de leurs clients, compte tenu du paragraphe 7(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*¹³ :

(3) Pour l'application de l'article 4.3 de l'annexe 1 et malgré la note afférente, l'organisation ne peut communiquer de renseignement personnel à l'insu de l'intéressé et sans son consentement que dans les cas suivants :

[...]

13. *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5.

c) elle est exigée par assignation, mandat ou ordonnance d'un tribunal, d'une personne ou d'un organisme ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements ou exigée par des règles de procédure se rapportant à la production de documents.

Rappelant un passage de la décision *BMG Canada inc. c. John Doe*¹⁴, le juge Shore a ensuite affirmé que Voltage Pictures, dans le cas à l'étude, ne pouvait faire valoir ses droits d'auteur ni tenter une action contre les défendeurs sans connaître leurs noms et adresses.

Finalement, quant au dernier critère de la Règle 238 des *Règles des Cours fédérales*, le juge Shore a tenu en compte le fait que Voltage Pictures acceptait de rembourser les frais raisonnables qu'allaient encourir les fournisseurs de services Internet pour réunir les renseignements recherchés. Par ailleurs, l'obtention des noms et adresses des défendeurs, en tant qu'informations minimales permettant à Voltage Pictures de faire valoir ses droits, accélérerait la poursuite de l'action intentée.

En conclusion, la Cour fédérale a donc accordé la demande de permission de procéder à un interrogatoire au préalable des fournisseurs de services Internet impliqués et a émis une ordonnance à cet effet. Il est toutefois à noter que la demande de Voltage Pictures n'a été contestée par aucun des fournisseurs de service Internet impliqués dans l'affaire.

2.4 Les répercussions de ce jugement

À la suite de l'émission de cette ordonnance, Voltage Pictures a été en mesure de pouvoir obtenir l'information voulue auprès de fournisseurs de services Internet visés par l'ordonnance. Il en découle qu'elle a pu faire parvenir des mises en demeure à près d'une trentaine d'internautes dont l'identité a été dévoilée par lesdits fournisseurs de services Internet¹⁵.

Il est toutefois à noter que l'identification des véritables individus ayant téléchargé le contenu illégal sera difficile à faire. En effet,

14. *Supra*, note 10, par. 42.

15. Alain McKENNA, « Téléchargement de The Hurt Locker : des internautes canadiens poursuivis », le 28 novembre 2011, <<http://technaute.cyberpresse.ca/nouvelles/internet/201111/28/01-4472247-telechargement-de-the-hurt-locker-des-internautes-canadiens-poursuivis.php>>.

la multiplication des réseaux partagés entre membres d'une même famille, colocataires, collègues, voisins ou dans les endroits publics rendra très difficile l'identification du réel coupable.

À la lumière de l'ordonnance émise par la Cour fédérale, bien que les internautes pratiquant le partage de fichiers illégaux sur Internet ne puissent être personnellement identifiés directement par les distributeurs d'œuvres protégées, ces internautes ne peuvent dorénavant plus espérer se réfugier derrière le couvert de leur adresse IP pour se soustraire aux poursuites judiciaires. Cette décision, combinée à la montée des nouveaux services légaux de diffusion des œuvres qui émergent en ce moment au Canada, pourrait donc contribuer à enrayer le phénomène du partage de fichiers illégaux dans l'avenir.

Finalement, si le projet de loi C-11 visant une refonte de la *Loi sur le droit d'auteur* est finalement adopté dans sa mouture actuelle, les dommages statutaires applicables en pareille situation seront limités à 5 000 \$, plutôt que 20 000 \$ comme c'est présentement le cas. Il serait toutefois surprenant qu'une telle limite revue à la baisse puisse décourager les titulaires de droit d'obtenir des ordonnances afin d'identifier les internautes ayant téléchargé illégalement des œuvres. En effet, la réception d'une mise en demeure pourrait bien suffire pour que plusieurs internautes paient rapidement les sommes demandées, afin d'éviter toute poursuite judiciaire.

3. *Private Career Training Institutions Agency c. Vancouver Career College*¹⁶ : l'utilisation de noms et de marques de commerce de tiers comme mots clés sur les moteurs de recherche

3.1 *Les faits*

À titre introductif, l'achat de mots clés sur certains moteurs de recherche permet aux entreprises qui désirent annoncer leurs produits et services de faire afficher des publicités dans des sections spécifiques dédiées aux liens commerciaux dans les pages de résultats lorsqu'un utilisateur entre un terme de recherche acheté comme mot clé. Certains problèmes peuvent toutefois survenir lorsque les termes achetés à titre de mots clés sont des noms commerciaux ou marques de commerce de concurrents.

16. *Private Career Training Institutions Agency c. Vancouver Career College*, 2011 BCCA 69 (B.C.C.A., les juges Prowse, Kirkpatrick et Chiasson).

La décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Private Career Training Institutions Agency c. Vancouver Career College* est la première décision canadienne sur ce sujet rendue par un tribunal d'appel.

La demanderesse, Private Career Training Institutions Agency, est l'organisme responsable des établissements d'enseignement privés en Colombie-Britannique et elle a été créée en vertu du *Private Career Training Institutions Act*¹⁷. La défenderesse, Vancouver Career College, est quant à elle un établissement d'enseignement de la région de Vancouver supervisé par le Private Career Training Institutions Agency.

Essentiellement, le Vancouver Career College a procédé à l'achat de mots clés auprès de divers moteurs de recherche tels Yahoo et Google, lesquels mots clés visaient le nom d'établissements d'enseignement concurrents. En vertu de cette pratique, des liens visant le Vancouver Career College apparaissaient dans des positions mises en évidence lorsqu'un utilisateur entrait le nom d'un établissement concurrent dans les moteurs de recherche.

Certaines situations de confusion ont par ailleurs été vécues par des étudiants désirant s'inscrire dans des établissements particuliers, mais s'étant inscrits par erreur au Vancouver Career College en raison du placement publicitaire effectué par ce dernier.

À la suite des plaintes de ses établissements membres, le Private Career Training Institutions Agency a donc intenté un recours contre le Vancouver Career College afin d'obtenir une injonction pour empêcher cet établissement d'employer le nom de ses concurrents, geste en contravention avec l'un de ses règlements :

Internet Advertising

With respect to internet advertising, the Board agreed by motion at its meeting of June 18, 2009 that the use of another institution's trademarks, logo, or business name, or anything confusingly similar, by a registered institution in any metatags (website or html), search engine AdWords, adCenter keywords, or any similar medium for advertising purposes shall constitute false, deceptive or misleading activity within the meaning of Bylaw 29.1, and is prohibited.

17. *Private Career Training Institutions Act*, S.B.C. 2003, c. 79.

Cette nuance est importante, puisque le recours n'était pas étudié sous l'angle de la *Loi sur les marques de commerce*, mais bel et bien sous celui de ce règlement spécifiquement applicable aux institutions d'enseignement de la Colombie-Britannique sous la supervision du Private Career Training Institutions Agency.

En première instance, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a comparé l'emploi par la défenderesse du nom de ses concurrents au placement de publicités dans les pages jaunes d'un annuaire téléphonique. N'ayant pas de décisions canadiennes en matière de publicité par mots clés sur lesquelles baser sa décision, le tribunal de première instance s'est référé à certaines décisions américaines traitant de la question, à savoir si l'achat d'une marque de commerce à titre de mot clé constituait un emploi de ladite marque de commerce.

Le juge de première instance s'est également référé aux critères visant à déterminer si des marques de commerce portent à confusion en vertu de l'alinéa 7 b) de la *Loi sur les marques de commerce*, afin de trouver un parallèle d'application pour que l'emploi d'un nom ou d'une marque de commerce soit considéré trompeur en vertu du règlement du Private Career Training Institutions Agency. En effet, le règlement susmentionné exigeait que l'emploi soit trompeur, et non seulement qu'il porte à confusion. À la suite d'une telle analyse en vertu de la jurisprudence américaine et de la jurisprudence canadienne en matière de confusion sous la *Loi sur les marques de commerce*, le juge de première instance a rejeté le recours du Private Career Training Institutions Agency, considérant que la publicité effectuée par le Vancouver Career College n'était pas trompeuse.

3.2 La question en litige

Essentiellement, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique devait décider si le juge de première instance avait erré en droit en appliquant la jurisprudence relative à la *Loi sur les marques de commerce* dans le cadre d'une action intentée en vertu d'une réglementation visant à protéger les consommateurs.

3.3 L'analyse et les conclusions de la Cour

Dans un jugement unanime, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel du Private Career Training Institutions Agency, tout en apportant certains commentaires quant aux motifs invoqués par le juge de première instance. En premier lieu, la Cour a

mentionné que la jurisprudence applicable en matière de confusion entre deux marques de commerce ne pouvait être d'aucune assistance, puisque la confusion et la tromperie ne peuvent être équivalentes, en ce qu'une publicité peut simplement créer de la confusion, sans être trompeuse¹⁸.

Il est par ailleurs intéressant de noter qu'en appel, la Cour a commenté un argument de l'appelante, qui tentait de faire un parallèle entre l'achat de mots clés et le placement publicitaire dans les annuaires Pages Jaunes ou Pages Blanches, où il est possible de placer une publicité à proximité du nom d'un compétiteur. La Cour a rejeté l'analogie, en mentionnant que les annuaires Pages Jaunes sont basés sur les sujets, et non sur les noms. Les Pages Blanches contiennent quant à elle uniquement des noms, et non des choix. À l'opposé, un site Internet donne des choix, des noms et des sujets, ce qui empêche toute analogie avec les méthodes traditionnellement utilisées pour faire de la publicité :

These propositions seek to analyze the legal implications of the use of modern technology with practice and technology that bears no resemblance to it. The Yellow Pages are based on topics, not names. The white pages contain names, but no choices. An Internet page gives choices, names and topics. It is information technology carried far beyond the traditional.¹⁹

3.4 Les répercussions de ce jugement

Bien que cette décision ne soit pas une décision fondée sur la confusion et l'emploi de marques de commerce en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*, elle peut tout de même nous éclairer sur la façon dont les tribunaux pourront traiter la question de la publicité par l'achat de mots clés sur des moteurs de recherche.

Lorsqu'une décision sera rendue en vertu d'une loi ou d'un règlement particulier faisant référence au caractère trompeur de l'emploi d'un nom ou d'une marque, il conviendra de ne pas référer aux critères traditionnels de la confusion en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*. À l'inverse, dans un cas visant spécifiquement un recours en vertu de la *Loi sur les marques de commerce* et fondé sur le critère de la confusion, il faudra alors se référer aux commentaires récemment émis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt

18. *Supra*, note 16, par. 31-33.

19. *Supra*, note 16, par. 27.

*Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*²⁰ pour l'évaluation de cette confusion.

Il convient également de mentionner qu'une décision québécoise a été rendue en 2010 en matière de mots clés dans l'affaire *Chocolat Lamontagne inc. c. Humeur Groupe-conseil inc.*²¹, soit postérieurement au jugement de première instance dans l'affaire à l'étude. Ce cas similaire d'achat de mots clés sur un moteur de recherche était cependant fondé sur la commercialisation trompeuse, en vertu de l'alinéa 7b) de la *Loi sur les marques de commerce*. Le recours a finalement été rejeté, puisque le texte de la publicité de la défenderesse indiquait clairement qu'il s'agissait d'une alternative aux produits et services de la demanderesse.

Malgré la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Private Career Training Institutions Agency c. Vancouver Career College*, et la décision de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Chocolat Lamontagne inc. c. Humeur Groupe-conseil inc.*, la question de savoir si l'achat d'un mot clé étant une marque de commerce enregistrée détenue par une autre partie constitue un emploi de la marque au sens de la *Loi sur les marques de commerce* demeure une question sans réponse au Canada.

Compte tenu de cette jurisprudence limitée au Canada dans un domaine qui prend de plus en plus d'ampleur dans le cadre de stratégies publicitaires, il est à prévoir que plusieurs autres cas se présenteront devant les tribunaux au cours des prochaines années.

4. *Tucows.Com Co. c. Lojas Renner S.A.*²² : le droit de propriété sur un nom de domaine

4.1 Les faits

Une décision rendue en Ontario en 2011 pourrait avoir certaines incidences en matière de litiges touchant des noms de domaine au Canada. En effet, depuis plusieurs années, les tribunaux hésitent sur la façon de qualifier un nom de domaine ou d'y appliquer des concepts juridiques applicables aux biens mobiliers. Or, la Cour d'appel de l'Ontario a rendu une décision dans l'affaire *Tucows.Com*

20. *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27.

21. *Chocolat Lamontagne inc. c. Humeur Groupe-conseil inc.*, 2010 QCCS 3301 (C.S. la juge Corriveau).

22. *Tucows.Com Co. c. Lojas Renner S.A.*, 2011 ONCA 548 (C.A. Ont.).

Co. c. Lojas Renner S.A., dans laquelle elle a qualifié la nature d'un nom de domaine en vertu de la common law applicable en Ontario.

Tucows.Com Co. (« Tucows ») est une société technologique incorporée en vertu des lois de la Nouvelle-Écosse, mais dont le principal bureau d'affaires est situé à Toronto, en Ontario. En 2006, Tucows a procédé à l'achat de plus de 30 000 noms de domaine constitués principalement de noms de famille auprès de la société Mailbank Inc., dont notamment le nom de domaine « Renner.com ».

Lojas Renner S.A. (« Renner ») est quant à elle une compagnie brésilienne qui opère plusieurs magasins de vente au détail de vêtements et est titulaire de la marque de commerce enregistrée RENNEN au Brésil, ainsi que dans d'autres pays.

Estimant que le nom de domaine de Tucows contrevenait à ses droits dans la marque de commerce RENNEN, Renner a donc déposé une plainte devant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) en vertu des principes de résolution des conflits de celle-ci, soit le *Uniform Dispute Resolution Policy* (UDRP).

Plutôt que de fournir une réponse quant au bien-fondé de la plainte devant l'OMPI, Tucows a plutôt déposé une requête en Cour supérieure de l'Ontario, en vue d'obtenir une déclaration selon laquelle i) elle détient des intérêts légitimes dans le nom de domaine, ii) elle n'a pas déposé ou utilisé le nom de domaine de mauvaise foi, et iii) que Renner n'est pas en droit de demander le transfert du nom de domaine. À la suite du dépôt de cette requête devant un tribunal de droit commun, l'OMPI a pris la décision d'exercer sa discrétion et de mettre fin aux procédures instituées devant elle.

En première instance, le recours a été rejeté pour le motif qu'il n'y avait pas de bases adéquates sur lesquelles fonder la juridiction de la Cour supérieure de l'Ontario pour décider d'un tel litige, en vertu du test de la connexion réelle et substantielle (*real and substantial connection*) prévu à l'article 17.02 des *Rules of Civil Procedure*²³ :

17.02 A party to a proceeding may, without a court order, be served outside Ontario with an originating process or notice of a reference where the proceeding against the party consists of a claim or claims,
(a) in respect of real or personal property in Ontario ;

23. *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194.

4.2 *La question en litige*

La Cour d'appel de l'Ontario devait décider, entre autres, si le recours pouvait bénéficier d'une présomption de connexion réelle et substantielle avec l'Ontario i) en ce qu'un nom de domaine puisse répondre à la qualification de bien meuble (*personal property*) et ii) en ce que le nom de domaine « Renner.com » soit situé sur le territoire ontarien en vertu de l'article 17.02 précité. Ainsi, cette cause reposait sur la qualification d'un nom de domaine en tant que bien meuble, ainsi que sur la localisation géographique d'un tel bien, le cas échéant.

4.3 *L'analyse et les conclusions de la Cour*

La Cour a tout d'abord mentionné qu'il y avait présentement très peu de décisions canadiennes faisant autorité en matière de qualification d'un nom de domaine à titre de bien meuble, mais que la tendance internationale était de traiter les noms de domaine comme une nouvelle forme de bien intangible²⁴. Par ailleurs, puisque les *Rules of Civil Procedure* de l'Ontario ne contiennent pas de définition d'un bien meuble, la Cour s'est penchée sur la qualification d'un bien meuble en vertu de la common law.

La Cour a donc examiné les attributs du droit de propriété en référant à certaines décisions faisant autorité en common law, en association avec les caractéristiques d'un nom de domaine :

The bundle of rights associated with the domain name <renner.com> that Tucows has (as purchaser and registrant) satisfies the attributes of property as described by Harris and Ziff in that at present Tucows can enforce those rights against all others.

As in Saulnier, Tucows derives income from being the holder of the rights in the domain name <renner.com>. It has fourteen clients who subscribe to personal e-mail services using the domain name. If the domain name were to be transferred to Renner, it would undoubtedly assist in unlocking the value of Renner's business. The registered owner of the domain name has the right to exclusively direct traffic to the domain name's corresponding website and to exclude anyone else from using the same name. The ability to exclude others from the enjoy-

24. *Supra*, note 22, par. 46-55.

ment of, interference with or appropriation of a specific legal right was held by Cory J. in *Bouckhuys*, as a necessary incident of property.²⁵

À la suite de cette analyse, la Cour a donc conclu qu'un nom de domaine constitue un bien meuble en vertu de la common law. Quant à la situation géographique de ce bien meuble, la Cour a mentionné que le simple fait qu'un nom de domaine soit un bien meuble intangible ne signifie pas qu'il n'a pas de situation géographique permettant à une cour de justice d'avoir juridiction sur ce bien. En effet, afin de déterminer le point de rattachement géographique d'un nom de domaine, la Cour a mentionné plusieurs facteurs à prendre en considération :

[...] in this case the connecting factors favouring location of the domain name in Ontario are the location of the registrant of the domain name, as well as the location of the registrar and the servers as intermediaries. The evidence concerning the location of Tucows's target audience is insufficient for me to draw any conclusion based on it. The location of the registrar is an important consideration because, as Bogdan and Maunsbach point out at p. 182, without the domain name registrar/ administrator being subject to the court's jurisdiction, questions of the enforceability of the order could arise.²⁶

La Cour a finalement conclu en établissant que le nom de domaine « Renner.com » était un bien meuble intangible situé en Ontario, lui conférant ainsi juridiction en vertu de l'article 17.02 des *Rules of Civil Procedure*.

4.4 Les répercussions de ce jugement

Cette décision semble donc ouvrir la porte à ce que des procédures fondées sur la propriété de noms de domaine appartenant à des sociétés ontariennes puissent être intentées devant les tribunaux ontariens de droit commun.

Il convient toutefois de se demander si les tribunaux québécois appliqueraient le même genre de raisonnement en matière de noms de domaine appartenant à des entreprises québécoises, en vertu du droit civil québécois. Selon l'article 907 du *Code civil du Québec*, il

25. *Supra*, note 22, par. 62-63.

26. *Supra*, note 22, par. 71.

serait toutefois soutenable d'argumenter qu'un nom de domaine puisse être qualifié de « bien meuble », puisque n'étant pas explicitement qualifié autrement. Quoi qu'il arrive, les tribunaux québécois auront une décision canadienne récente de laquelle s'inspirer si une situation similaire devait se présenter au Québec.

5. *Boivin & Associés c. Scott*²⁷ : la signification de procédures par le biais de Facebook

5.1 *Les faits*

Au Québec, les modes de signification des procédures et documents en matière civile sont prévus par le *Code de procédure civile*. Généralement, la signification se fera par huissier ou par un messenger, de façon à pouvoir détenir une preuve que la signification a valablement été effectuée. Toutefois, il arrive parfois que l'adresse d'une personne soit inconnue, malgré plusieurs recherches, compte tenu de déménagements successifs ou à l'étranger, ou que cette personne tente sciemment de se cacher.

Or, avec l'évolution rapide de moyens technologiques, il arrive parfois que la seule façon de pouvoir contacter un individu pour lui signifier un document soit par le biais d'un profil affiché sur l'un des différents sites principaux de médias sociaux, dont Facebook. En 2011, deux décisions ont retenu notre attention à ce sujet.

La première décision ayant traité de cette question, quoique sommairement, est la décision *Droit de la famille – 111764*²⁸, rendue par la Cour supérieure. Dans cette affaire relative à la garde d'un enfant, la Cour a autorisé la signification d'une procédure par Facebook, étant donné que madame a tenté sans succès d'obtenir l'adresse de monsieur, ce dernier n'ayant pas laissé d'adresse à madame depuis son départ en Colombie-Britannique. La Cour a affirmé que la « signification par ce réseau social était donc la meilleure façon de rejoindre monsieur »²⁹. La Cour note d'ailleurs que la signification par Facebook a obtenu les résultats escomptés, puisque monsieur a ensuite communiqué avec l'avocate de madame.

Cette décision, quoique intéressante, ne donnait que très peu de détails sur les motifs justifiant la signification d'un document par

27. *Boivin & Associés c. Scott*, 2011 QCCQ 10324 (le juge Dortéus).

28. *Droit de la famille – 111764*, 2011 QCCS 3120 (la juge Bélanger).

29. *Supra*, note 28, par. 5.

le biais de Facebook. Le 15 août 2011, la Cour du Québec a toutefois rendu une décision plus détaillée quant à ce mode de signification, dans l'affaire *Boivin & Associés c. Scott*.

Dans cette affaire, la demanderesse a institué un recours contre des codéfendeurs, parmi lesquels une des défenderesses n'avait aucune adresse connue au Québec, malgré plusieurs démarches effectuées par la demanderesse. La dernière adresse connue de la défenderesse était en Floride, mais cette dernière aurait déménagé depuis. Connaissant toutefois l'adresse Facebook de la défenderesse, la demanderesse s'est adressée à la Cour du Québec afin d'obtenir l'autorisation de signifier la requête introductive d'instance à la défenderesse par Facebook, soulevant qu'il lui était possible de soumettre cette requête de façon efficace et personnalisée.

5.2 La question en litige

La Cour du Québec devait donc décider si la signification d'une requête introductive d'instance pouvait valablement être effectuée par le biais de Facebook, compte tenu de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (« L.C.C.J.T.I. »), malgré le fait que l'article 123 du *Code de procédure civile* prévoit qu'une telle requête puisse être remise à son destinataire par le biais de certains moyens, dont par huissier, par l'envoi par la poste de la copie à son destinataire, ou par la publication d'un avis dans un journal.

5.3 L'analyse et les conclusions de la Cour

La Cour a d'abord mentionné les articles 28 et 74 de la L.C.C.J.T.I. :

28. Un document peut être transmis, envoyé ou expédié par tout mode de transmission approprié à son support, à moins que la loi n'exige l'emploi exclusif d'un mode spécifique de transmission.

Lorsque la loi prévoit l'utilisation des services de la poste ou du courrier, cette exigence peut être satisfaite en faisant appel à la technologie appropriée au support du document devant être transmis. De même, lorsque la loi prévoit l'utilisation de la poste certifiée ou recommandée, cette exigence peut être satisfaite, dans le cas d'un document technologique, au moyen d'un accusé de réception sur le support approprié signé par le destinataire ou par un autre moyen convenu.

Lorsque la loi prévoit l'envoi ou la réception d'un document à une adresse spécifique, celle-ci se compose, dans le cas d'un document technologique, d'un identifiant propre à l'emplacement où le destinataire peut recevoir communication d'un tel document.

[...]

74. L'indication dans la loi de la possibilité d'utiliser un ou des modes de transmission comme l'envoi ou l'expédition d'un document par lettre, par messenger, par câblogramme, par télégramme, par télécopieur, par voie télématique, informatique ou électronique, par voie de télécommunication, de télétransmission ou au moyen de la fibre optique ou d'une autre technologie de l'information n'empêche pas de recourir à un autre mode de transmission approprié au support du document, dans la mesure où la disposition législative n'impose pas un mode exclusif de transmission.

Afin d'interpréter l'effet de ces deux articles en lien avec l'article 123 du *Code de procédure civile*, la Cour s'en est remise à l'analyse des auteurs De Rico et Jaar :

Comme son nom l'indique, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* est une loi « chapeau » qui a amendé nommément plusieurs lois, mais qui a aussi eu pour effet d'amender toutes lois qui traitent de documents et de modes de transmission, incluant le C.p.c. Le législateur a été précurseur en comprenant que l'avènement des TI et la vitesse de leur évolution ne permettraient pas d'amender chacune des lois à chaque avancée technologique. Ainsi, il a favorisé un cadre juridique général qui chapeaute toutes les lois pertinentes pour éviter de recourir à l'amendement législatif de ces dernières.

Il nous semble justifié d'appliquer les dispositions de la L.C.C.J.T.I. aux articles concernant la signification dans le *Code de procédure civile*. Rappelons que le principe juridique à la base de la signification est en fait « la remise d'une copie de l'acte à l'intention de son destinataire » (123 C.p.c.). Selon l'article 28 L.C.C.J.T.I., cette remise peut être effectuée « par tout mode de transmission approprié à son support, à moins que la loi n'exige l'emploi exclusif d'un mode spécifique de transmission ». Notons que la seule exception à l'article 28

L.C.C.J.T.I. tient dans l'exigence législative d'un mode *exclusif de transmission*. Or, à la lecture des articles 123 et 140.1 C.p.c., on constate l'usage du mot « peut » qui dénote une possibilité, i.e. tout le contraire d'une obligation exclusive. Considérant que le *Code de procédure civile* ne prévoit pas de mode exclusif de transmission pour effectuer une signification, retenant plutôt plusieurs modes (huissier, poste, télécopieur, etc.), nous croyons que l'article 28 L.C.C.J.T.I. peut recevoir pleine application, et ainsi permettre au courriel d'être utilisé comme mode de signification.³⁰

La Cour a affirmé partager l'avis de ces deux auteurs et a donc appliqué le même raisonnement en matière de signification d'une requête introductive d'instance par le biais de Facebook. En effet, dans le cas à l'étude, le seul moyen dont disposait la demanderesse pour transmettre une copie de la requête à la défenderesse était par le biais de son adresse Facebook.

La Cour a ajouté que la signification par le biais de Facebook dans cette affaire constituait un moyen « direct et pratique d'aviser la défenderesse que des procédures sont entreprises contre elle, afin qu'elle puisse préparer sa défense et d'être [*sic*] entendue, ce qui rencontre le principal but de la signification »³¹.

Rappelons également que l'article 31 de la L.C.C.J.T.I. encadre les modalités de la preuve d'une telle signification. La Cour a donc tenu compte du fait que la partie demanderesse serait en mesure de faire la preuve de la signification de la requête par le biais de Facebook.

En somme, à la suite de l'étude de ces dispositions législatives, la Cour du Québec a autorisé la signification de la requête introductive d'instance à la défenderesse, de façon électronique par le biais d'une adresse Facebook.

5.4 Les répercussions de ce jugement

Cette décision démontre encore une fois que la L.C.C.J.T.I. peut s'appliquer dans des contextes diversifiés, dont notamment dans le cadre de la signification d'actes de procédures en vertu du *Code de*

30. DE RICO (Jean-François) *et al.*, « Le Cadre juridique des technologies de l'information », Congrès annuel du Barreau du Québec, Service de la formation continue (Montréal : CAIJ, 2009), p. 17-18.

31. *Supra*, note 27, par. 13.

procédure civile. Avec l'avènement et la popularité grandissante des médias sociaux, il est à prévoir que la L.C.C.J.T.I. pourra trouver application à plusieurs niveaux dans l'interprétation et l'application de la législation québécoise.

Cette décision permet aussi de penser qu'il sera de plus en plus difficile pour un défendeur de tenter de se cacher pour éviter les poursuites judiciaires. En effet, dans la mesure où il est impossible de localiser une adresse physique pour un défendeur, il appert qu'il est maintenant possible de signifier une requête introductive d'instance par le biais de tout profil l'identifiant clairement sur un des principaux sites de médias sociaux, dont Facebook.

CONCLUSION

Ces décisions, couvrant un vaste éventail de domaines reliés aux technologies de l'information, nous rappellent que l'évolution constante des moyens technologiques amène un flot grandissant de nouvelles décisions des tribunaux dans lesquelles ceux-ci doivent appliquer la législation existante à des domaines nouveaux, ou en pleine expansion.

Il est donc nécessaire pour les praticiens œuvrant dans ces domaines de demeurer constamment à l'affût des nouvelles décisions venant influencer la sphère juridique encadrant l'utilisation des nouvelles technologies. Les technologies de l'information peuvent toutefois également être employées au service de ces praticiens, de façon à transmettre et échanger de l'information et les commentaires de chacun à une vitesse beaucoup plus grande qu'autrefois.