

Capsule

**Téléchargement non autorisé
d'oeuvres musicales : tel pourra être
pris qui croyait prendre...**

Alexandra Steele*

1. Introduction	727
2. Les faits	727
3. Le jugement de la Cour fédérale	728
4. L'arrêt de la Cour d'appel fédérale	730
4.1 Le fardeau de preuve des demandeurs au stade de la requête.	731
4.2 La conclusion en violation du droit d'auteur au stade de la requête.	731
5. Conclusion.	733

© CIPS, 2005.

* Avocate, Alexandra Steele est membre de LEGER ROBIC RICHARD, S.E.N.C.R.L., un cabinet multidisciplinaire d'avocats, d'agents de brevets et d'agents de marques de commerce.

1. Introduction

La Cour d'appel fédérale a récemment rejeté l'appel d'une décision de la Cour fédérale du Canada, qui avait elle-même rejeté une requête par des titulaires de droits d'auteur pour une ordonnance visant à obtenir de l'information concernant vingt-neuf utilisateurs de l'Internet qui avaient prétendument téléchargé et échangé sans droit un nombre important de fichiers musicaux protégés par droit d'auteur.

Dans l'affaire *BMG Canada Inc. c. Jane Doe*¹, tant la Cour fédérale que la Cour d'appel fédérale ont jugé que les titulaires de droits d'auteur avaient présenté une preuve insuffisante et non fiable pour l'émission d'une ordonnance forçant des prestataires de services Internet de divulguer l'identité de leurs clients, soit les vingt-neuf utilisateurs en cause.

La Cour d'appel fédérale a cependant confirmé que la Règle 238 des *Règles des Cours fédérales*², combinée aux principes relatifs à l'interrogatoire au préalable en « Equity », était le véhicule procédural approprié pour requérir de la Cour une ordonnance contraignant un tiers à révéler de l'information pertinente pour permettre d'instituer action contre des usurpateurs dont l'identité exacte est inconnue.

2. Les faits

Les appelants sont tous des membres reconnus de l'industrie de l'enregistrement au Canada. Ils sont également titulaires des droits d'auteur dans la plupart des œuvres musicales à la disposition du public canadien. Les appelants ont tenté, par voie de requête préliminaire présentée à la Cour fédérale du Canada, de découvrir l'identité de vingt-neuf utilisateurs de l'Internet qui avaient préten-

1. 2005 FCA 193, Richard, Noël, Sexton J.J.A., 19 mai 2005, confirmant (2004), 32 C.P.R. (4th) 64 (C.F.). Au 31 juillet 2005, le jugement de la Cour d'appel fédérale est disponible en anglais seulement à <<http://decisions.fca-caf.gc.ca>>.

2. DORS/98-106.

dument téléchargé et échangé plus de vingt-neuf mille œuvres musicales protégées par droits d'auteur et ce, afin de pouvoir initier des procédures judiciaires contre eux. Ces utilisateurs sont des clients des intimés, soit les principaux prestataires de services Internet (« PSI ») au Canada. Les PSI avaient préalablement refusé de volontairement divulguer des informations concernant leurs clients, d'où la nécessité pour les appelants de présenter une requête à la Cour puisque l'identité des utilisateurs est évidemment nécessaire pour qu'une action en violation de droit d'auteur puisse être éventuellement entreprise.

3. Le jugement de la Cour fédérale

Le juge Von Finckenstein, saisi de la requête des appelants, s'est d'abord penché sur la question procédurale.

Dans son jugement du 31 mars 2004³, il a d'abord déterminé que la procédure relative à la production de documents en possession d'une tierce personne partie⁴ ne s'appliquait pas à la présente affaire car les documents que les demandeurs réclamaient, c'est-à-dire une liste des vingt-neuf utilisateurs de l'Internet en cause, n'existaient pas déjà : la preuve a révélé que les PSI devaient créer cette liste à partir de leurs dossiers et banques de données internes. Par contre, le juge Von Finckenstein a confirmé que la procédure relative à l'interrogatoire d'un tiers⁵ était le véhicule procédural approprié pour demander à la Cour une ordonnance de divulgation. De plus, les

3. Rapporté à (2004), 32 C.P.R. (4th) 64 (C.F.).

4. Règle 233(1) *Règles des Cours fédérales* : « (1) Production de documents en la possession d'un tiers – La Cour peut, sur requête, ordonner qu'un document en la possession d'une personne qui n'est pas une partie à l'action soit produit s'il est pertinent et si sa production pourrait être exigée lors de l'instruction. [...] »

5. Règle 238 *Règles des Cours fédérales* :

(1) Interrogatoire d'un tiers – 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 partie, autre qu'un témoin expert d'une partie, qui pourrait posséder des renseignements sur une question litigieuse soulevée dans l'action. [...]

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

principes prévus à la Règle 238 des *Règles des Cours fédérales* concernant l'interrogatoire au préalable d'une tierce partie devaient être appliqués en combinaison avec les principes relatifs à l'interrogatoire au préalable en « Equity »⁶.

Le juge Von Finckenstein a donc résumé l'état du droit en formulant le test en cinq volets suivant⁷ :

- a) Le demandeur doit démontrer qu'il existe à première vue quelque chose à reprocher à l'auteur du préjudice⁸ ;
- b) La personne devant faire l'objet d'un interrogatoire préalable doit avoir quelque chose à voir avec la question en litige – elle ne peut être simple spectateur ;
- c) La personne devant faire l'objet de l'interrogatoire préalable doit être la seule source pratique de renseignements dont disposent les demandeurs ;
- d) La personne devant faire l'objet de l'interrogatoire préalable doit recevoir une compensation raisonnable pour les débours occasionnés par son respect de l'ordonnance portant interrogatoire préalable, en sus de ses frais de justice ;
- e) L'intérêt public à la divulgation doit l'emporter sur l'attente légitime de respect de la vie privée.

Suivant la preuve établie par les demandeurs, et suite à son analyse factuelle et juridique, la Cour fédérale tire les conclusions suivantes :

6. Les principes entourant l'interrogatoire préalable en « Equity » émis par les tribunaux anglais dans les affaires de *Norwich Pharmacal Co. c. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133 (H.L.) et *British Steel Corp. c. Granada Television Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 417 (C.A.) ont été acceptés en droit canadien dans l'affaire *Glaxo Wellcome PLC c. Canada (Minister of National Revenue)*, (1998), 81 C.P.R. (3d) 372 (C.A.F.).

7. Tiré de la traduction française du jugement, référence neutre 2004 CF 488 (C.F.), par. [13], disponible sur le site web de la Cour fédérale du Canada à <<http://decisions.fct-cf.gc.ca>>.

8. Tel que nous le verrons plus loin, la Cour d'appel fédérale a corrigé le tir : le fardeau de preuve est celui d'une preuve *bona fide*, et non pas *prima facie*, comme l'avait écrit le juge Von Finckenstein.

-
- a) Les demandeurs n'ont pas établi une preuve *prima facie* de la violation de leurs droits d'auteur⁹ dans les œuvres musicales téléchargées et échangées par les vingt-neuf utilisateurs de l'Internet ;
 - b) Les affidavits produits au soutien de la requête des demandeurs constituent de la preuve par ouï-dire et sont par conséquent insuffisants et non fiables ;
 - c) Les demandeurs n'ont pas satisfait le Tribunal qu'il n'y a aucune autre source fiable pour obtenir des informations sur l'identité des vingt-neuf utilisateurs de l'Internet ;
 - d) Si la requête avait été accordée, les demandeurs auraient eu à indemniser les PSI ;
 - e) Au vu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*¹⁰ (LPRPDE), compte tenu du risque de communication de l'identité d'un client innocent des PSI dans le cadre d'une enquête sur les vingt-neuf utilisateurs de l'Internet présumés avoir violé les droits d'auteur des demandeurs, le droit à la vie privée prime l'intérêt public à la divulgation des informations recherchées par les demandeurs.

Le juge Von Finckenstein rejette donc la requête des demandeurs, avec dépens en faveur des PSI. Les demandeurs ont porté la décision en appel.

4. L'arrêt de la Cour d'appel fédérale

La Cour d'appel fédérale s'est dite en accord avec les conclusions de faits du juge de première instance quant au véhicule procédural à utiliser dans des circonstances comme celles du présent dossier, ainsi qu'à l'insuffisance de la preuve des demandeurs. En l'absence d'une erreur de faits sur ces points fondamentaux du jugement de première instance, la Cour aurait d'emblée rejeté l'appel. Cependant, comme le jugement de la Cour fédérale traitait de questions de procédure et de preuve relatives au fond du litige, la Cour d'appel fédérale s'est penchée sur les autres conclusions dudit jugement.

9. Voir commentaire précédent, note 8.

10. L.C. 2000, ch. 5.

4.1 Le fardeau de preuve des demandeurs au stade de la requête

Selon la Cour, sous la plume du juge Sexton, l'énonciation du test en cinq volets pour l'interrogatoire préalable d'un tiers avait été correctement énoncé par le juge Von Finckenstein, sauf en ce qui avait trait au premier volet.

La Cour rappelle que les demandeurs en sont à préparer leur dossier pour une action éventuelle : il leur manque encore certaines informations importantes concernant les vingt-neuf utilisateurs de l'Internet, présumés usurpateurs. Après une revue de la jurisprudence émanant des provinces de common law relative à l'interrogatoire préalable en « Equity », la Cour d'appel fédérale a jugé que le fardeau de preuve de violation du droit d'auteur requis par le juge de première instance, soit que les demandeurs devaient présenter une preuve *prima facie* de violation de leurs droits d'auteur¹¹, était un fardeau trop onéreux à ce stade préliminaire des procédures. La Cour d'appel a jugé que le premier volet du test aurait dû requérir des demandeurs qu'ils présentent une preuve *bona fide* de violation par les vingt-neuf utilisateurs de l'Internet. Selon le premier volet du test révisé par la Cour d'appel, les demandeurs n'ont qu'à démontrer qu'ils ont l'intention d'initier une action en violation de droits d'auteur à l'aide, entre autres, de la preuve qu'ils obtiendront des PSI et cette information ne servirait, bien sûr, qu'aux fins de la dite action en violation.

Comme la preuve par affidavit des demandeurs avait été préalablement jugée insuffisante et non fiable, tant par la Cour fédérale que la Cour d'appel, et malgré la révision du fardeau de preuve de contrefaçon, le juge Sexton, au nom de la Cour, a maintenu que les demandeurs n'ont pas satisfait le premier volet du test, soit de présenter une preuve *bona fide* de contrefaçon de leurs droits d'auteur par les vingt-neuf utilisateurs de l'Internet.

4.2 La conclusion en violation du droit d'auteur au stade de la requête

La Cour d'appel fédérale a reproché au juge de première instance d'avoir conclu à la violation des droits d'auteur des demandeurs lors de son analyse du premier volet du test pour une ordonnance permettant l'interrogatoire au préalable d'un tiers.

11. Voir note 7.

Selon la Cour, le juge Von Finckenstein n'aurait pas dû conclure ainsi puisque, sans une analyse approfondie de toute la preuve et des principes de droit applicables en la matière, une telle conclusion lors d'une requête préliminaire pourrait être dommageable si un procès en violation du droit d'auteur avait éventuellement lieu contre les vingt-neuf utilisateurs de l'Internet, qui par ailleurs, ne sont pas encore parties au litige. En effet, la Cour rappelle que le juge de première instance n'avait pas devant lui une preuve (par affidavit) suffisante et fiable sur la question de la violation et, par ailleurs, il n'était pas saisi des mérites du dossier.

La Cour d'appel a donné quelques exemples de conclusions erronées sur la question de violation du droit d'auteur :

- a. Le juge de première instance avait jugé que, suivant le paragraphe 80(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*¹², la reproduction d'une œuvre musicale pour usage privé ne constitue pas de la violation du droit d'auteur. Cependant, la Cour note que le juge Von Finckenstein n'a pas considéré l'applicabilité du paragraphe 80(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui prévoit les cas où une telle défense d'usage privé n'est pas disponible, notamment lorsqu'une œuvre musicale est reproduite pour la vente, la location, l'exposition commerciale, la distribution dans un but commercial ou non, la communication par télécommunication, l'exécution ou représentation en public ;
- b. Le juge n'a pas considéré si tous les critères de la défense d'usage privé avaient, dans les faits du présent dossier, été satisfaits¹³ ;
- c. Le juge a appliqué de façon prématurée la décision *CCH Canada Ltd c. Law Society of Canada*¹⁴ aux faits du dossier : il a conclu qu'il n'y avait pas eu autorisation par les vingt-neuf utilisateurs de l'Internet permettant à d'autres de télécharger les

12. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, par. 80(1) :

Non-violation du droit d'auteur

80.(1) Sous réserve du paragraphe (2), ne constitue pas une violation du droit d'auteur protégeant tant l'enregistrement sonore que l'œuvre musicale ou la prestation de l'œuvre musicale qui le constituent, le fait de reproduire pour usage privé l'intégralité ou toute partie importante de cet enregistrement sonore, de cette œuvre ou de cette prestation sur support audio.[...].

13. Précité, note 12.

14. [2004] 1 R.C.S. 339 (C.S.C.).

fichiers musicaux disponibles sur l'Internet¹⁵. La Cour, sous la plume du juge Sexton, souligne que rendre disponible un fichier musical sur l'Internet pourrait en soi constituer une autorisation implicite de téléchargement et copie par d'autres ;

- d. Le juge a déterminé qu'il n'y avait eu aucune « distribution » des œuvres musicales en cause suivant les termes de la *Loi sur le droit d'auteur*. Selon le juge de première instance, la distribution requiert un acte « positif » ou « proactif » : la Cour d'appel, quant à elle, note que la *Loi sur le droit d'auteur* est silencieuse à cet effet et par conséquent, le juge Von Finckenstein ne pouvait pas conclure à une absence de distribution faute de la preuve d'un acte « positif » ou « proactif » de la part des vingt-neuf utilisateurs de l'Internet ;
- e. Le juge n'avait trouvé aucune preuve de violation à une étape ultérieure¹⁶ suivant le paragraphe 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* puisqu'il a déterminé que la preuve n'a pas révélé que les vingt-neuf utilisateurs de l'Internet savaient qu'ils commettaient des actes de contrefaçon. La Cour d'appel a souligné que la violation à une étape ultérieure survient lorsque « [...] la personne qui accomplit l'acte sait ou devait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit [...] ». Par conséquent, la Cour conclut que le juge de première instance a erré en omettant de considérer la possibilité d'une conclusion en violation du droit d'auteur en l'absence d'une preuve de connaissance de la violation par les vingt-neuf utilisateurs de l'Internet.

La Cour d'appel fédérale a donc rejeté l'appel des demandeurs, sous toutes réserves de leur droit de présenter une nouvelle requête, évidemment fondée sur une preuve complète et fiable, pour obtenir la divulgation de l'identité des vingt-neuf utilisateurs de l'Internet.

5. Conclusion

Cette décision constitue un exemple éloquent des nouveaux défis auxquels font face les tribunaux canadiens (et internationaux) qui, en matière d'Internet, doivent non seulement protéger les droits

15. La Cour d'appel souligne que cette conclusion du juge Von Finckenstein est en contradiction directe avec sa conclusion générale de contrefaçon par les vingt-neuf utilisateurs de l'Internet...

16. En anglais, « secondary infringement ».

des titulaires de propriété intellectuelle, mais aussi le droit du public à la vie privée.

D'une part, le droit de la propriété intellectuelle demeure nécessaire pour protéger la promulgation d'idées : si la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle ne sont pas adéquats, alors les innovateurs perdront intérêt à rendre publique l'expression de leurs idées. D'autre part, le droit à la vie privée de la multitude de personnes qui utilisent l'Internet doit nécessairement être examiné dans toutes les situations d'enquête sur des actes de violation du droit d'auteur sur Internet : ces enquêtes pourraient résulter en une divulgation d'informations privées concernant des personnes qui ne sont pas du tout impliquées. Il doit donc y avoir des balises, tant dans la loi que dans les jugements permettant de telles enquêtes, afin de minimiser les risques d'atteinte à la vie privée¹⁷.

L'un des avantages jusqu'ici reconnus de l'Internet était la possibilité d'utilisation relativement anonyme de ce nouvel outil de communication. Si les titulaires des droits d'auteur dans les œuvres musicales réussissent éventuellement à obtenir la divulgation de l'identité des vingt-neuf utilisateurs de l'Internet qui sont présumés avoir violé la *Loi sur le droit d'auteur*, cela transmettra sans contredit un message à tous les utilisateurs de l'Internet que leur identité pourra être révélée et leur responsabilité engagée à défaut d'un emploi respectueux des droits de propriété intellectuelle des autres. Tel sera pris qui croyait prendre...

17. La LPRPDE, précitée, note 10, en prévoit déjà...