

**C-11, la *Loi concernant
le cadre juridique des technologies
de l'information* et la responsabilité
des intermédiaires techniques
québécois : une dualité de
régimes (in)utile(s) ?**

Nicolas Vermeys*

Introduction	1053
1. Le cadre juridique applicable aux intermédiaires techniques	1055
1.1 La qualification juridique des intermédiaires techniques	1055
1.1.1 Les fournisseurs de services Internet	1058
1.1.2 Les hébergeurs	1060
1.1.3 Les services de courrier électronique	1061
1.1.4 Les moteurs de recherche	1063

© Nicolas Vermeys, 2013.

* Avocat, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, chercheur au Centre de recherche en droit public et directeur adjoint du Laboratoire de cyber-justice. L'auteur aimerait remercier M^{es} Georges Azzaria, Patrick Gingras, Jean Leclair et Pierre Trudel pour leurs commentaires et conseils lors de la rédaction de ce texte. Tous les liens consultés étaient actifs en date du 1^{er} juillet 2013.

1.2	Les régimes de responsabilité applicables aux intermédiaires techniques	1063
1.2.1	Le régime de responsabilité sous la <i>Loi</i> <i>concernant le cadre juridique des technologies</i> <i>de l'information</i>	1064
1.2.2	Le régime de responsabilité sous la <i>Loi sur</i> <i>le droit d'auteur</i>	1069
2.	Les incidences de la dualité de régime	1075
2.1	La difficile cohabitation des régimes	1076
2.2	La pertinence pragmatique de la dualité de régimes	1088
2.2.1	La pertinence du régime fédéral à la lumière de l'expérience provinciale	1089
2.2.2	La pertinence du régime fédéral à la lumière de la jurisprudence	1092
2.2.3	La pertinence du régime fédéral à la lumière des pratiques de l'industrie	1095
	Conclusion	1097

Introduction

Avec l'avènement, au milieu des années 90, du Web commercial, de nombreuses questions – dont certaines planent toujours – émergent tout naturellement au sein de la communauté juridique quant aux bouleversements qu'allait entraîner ce nouveau médium. Violations de droits d'auteur, diffamation en ligne, diffusion de logiciels malicieux ; de nombreux scénarios d'atteintes aux droits et à la propriété de ceux qui seraient bientôt baptisés les « internautes » ont été imaginés et, à différents degrés, se sont avérés.

L'une des questions charnières transcendant toutes ces « nouvelles »¹ problématiques se résuma alors aux rôles et responsabilités des acteurs du Web que nous identifions communément aujourd'hui sous le vocable d'« intermédiaires techniques ». Tel que le souligne Pierre Trudel :

Dans le contexte d'Internet, les intermédiaires sont des personnes, entreprises ou organismes qui interviennent dans l'accomplissement d'une tâche effectuée entre le point d'expédition d'une transmission de document et le point de réception final. Le trait commun à tous ces intervenants, c'est qu'ils n'exercent pas de droit de regard sur l'information qui transite dans leurs environnements technologiques. Ainsi, les intermédiaires peuvent être des services de conservation de documents technologiques, des hébergeurs, des services de référence à des documents technologiques, des moteurs de recherche, des fournisseurs de services sur un réseau de communication. Il peut également s'agir d'entreprises offrant des services de conservation ou de transmission de documents technologiques, de ser-

1. L'aspect novateur de ces problématiques demeure à ce jour l'objet de débats. Si nous sommes d'avis qu'Internet n'a pas créé de nouvelles obligations, mais que le Web a plutôt amplifié les possibilités de porter atteinte aux droits de tierces parties, d'autres argumentent plutôt qu'Internet est le berceau d'une nouvelle forme de normativité. Sur les origines de ce débat, voir : Frank H. EASTERBROOK, « Cyberspace and the Law of the Horse », (1996) *U. Chi Legal F.* 207 ; et Lawrence LESSIG, « The Law of the Horse : What Cyberlaw Might Teach », (1999) 113 *Harvard Law Review* 501.

vices de transmission de documents technologiques ou de services de conservation sur un réseau de communication de documents technologiques fournis par un client.²

Si certains auteurs ont milité en faveur de la responsabilisation de ces intermédiaires pour les faits et gestes de ceux qui utiliseraient leurs services de façon malicieuse³, un consensus international s'est toutefois éventuellement dégagé à l'effet que les intermédiaires techniques doivent bénéficier d'exemptions de par le fait qu'ils n'exercent que très peu de contrôle sur les contenus communiqués, affichés ou autrement diffusés par leurs abonnés, clients ou utilisateurs⁴.

Au niveau législatif, ce consensus s'est souvent concrétisé par l'adoption de lois limitant la responsabilité des intermédiaires techniques à une simple obligation de contrôle *post facto* de contenus prétendus ou avérés illicites (le modèle du « notice and takedown » ou « avis et retrait »). Ainsi, l'Europe s'est dotée d'une « Directive sur le commerce électronique »⁵, dont la section 4, « Responsabilité des prestataires intermédiaires », prévoit l'absence de responsabilité pour les entreprises offrant des services de « simple transport »⁶, ou d'hébergement⁷, alors que les États-Unis ont opté pour l'adoption d'un texte législatif reprenant le principe d'« avis et retrait » en matière de droit d'auteur⁸, bien que celui-ci n'ait pas été étendu aux cas de diffamation en ligne⁹. Au Québec, il aura fallu attendre l'entrée en vigueur de la *Loi concernant le cadre juridique des techno-*

2. Pierre TRUDEL, *Introduction à la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'Information*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 189-190. L'auteur reprend ici notamment les appellations consacrées dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ, c. C-1.1.

3. Voir notamment Doug LICHTMAN et Eric P. POSNER, « Holding Internet Service Providers Accountable », dans Mark F. GRADY et Francesco PARISI, *The Law and Economics of Cybersecurity* (New York, Cambridge University Press, 2006), p. 221.

4. Voir, par exemple, François THEMENS, *Internet et la responsabilité civile* (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998) et Michel RACICOT *et al.*, *L'espace cybernétique n'est pas une terre sans loi* (Ottawa, Industrie Canada, 1997).

5. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

6. *Ibid.*, art. 12.

7. *Ibid.*, art. 14.

8. *Digital Millennium Copyright Act*, H.R. 2281.

9. En effet, en vertu de l'article 230 du *Communication Decency Act*, Sec 501 du *Telecommunications Act of 1996*, S. 652, les intermédiaires techniques jouissent plutôt d'une immunité dans ce domaine. Voir Joel R. REIDENBERG *et al.*, « Section 230 of the Communications Decency Act : A Survey of the Legal Literature and Reform Proposals », (2012) *Fordham Law Legal Studies Research Paper* n° 2046230 : <<http://ssrn.com/abstract=2046230>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2046230>>.

*logies de l'information*¹⁰ (ci-après : la « LCCJTI ») en 2001 pour connaître le régime de responsabilité applicable de façon générale aux intermédiaires techniques. Qui plus est, avec l'adoption, en 2012, du projet de loi C-11 (la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*) par le gouvernement fédéral, des mesures spécifiques relatives à la responsabilité des intermédiaires techniques pour les contenus affichés, transmis ou autrement communiqués par leurs utilisateurs en violation d'un droit d'auteur ont également été élaborées.

L'adoption tardive de telles dispositions en matière de droit d'auteur par le législateur fédéral soulève toutefois de sérieuses questions quant à leur utilité réelle. En effet, la création d'un régime de responsabilité propre au droit d'auteur était-elle de mise ? Existait-il un vide législatif que la jurisprudence semblait incapable de combler ? La réponse à ces questions passe par une analyse des incidences du double régime de responsabilité applicable aux intermédiaires techniques (2). Il importe toutefois, préalablement, d'identifier les rôles, fonctions et responsabilités de ces intermédiaires afin de comprendre pourquoi ces régimes ont été érigés (1).

1. Le cadre juridique applicable aux intermédiaires techniques

L'identification du cadre juridique applicable aux intermédiaires techniques québécois passe d'abord par une qualification de cette notion même d'« intermédiaire technique ». En effet, dans la mesure où les intervenants au processus d'échange de données via le Web sont nombreux et disparates, il importe de bien cerner les rôles et fonctions de chacun (1.1). Ce n'est qu'une fois que ces rôles et fonctions auront été définis qu'il nous sera possible d'identifier les dispositions et, par le fait même, le cadre législatif applicable à chacun d'entre eux (1.2).

1.1 La qualification juridique des intermédiaires techniques

Comme le souligne Pierre Trudel :

La notion d'intermédiaire sur un réseau comme Internet peut concerner une gamme étendue de services et d'entités. Sur

10. Préc., note 2.

Internet, une entité peut accomplir une ou plusieurs des fonctions nécessaires à la communication ou à la transmission d'informations. Les désignations que se donnent les acteurs telles que « fournisseur d'accès à Internet », fournisseur de connectivité, simple transporteur ne recouvrent pas toujours les mêmes activités.¹¹

Évidemment, il est depuis longtemps acquis que, en droit, le sens littéral des termes utilisés par une entité pour décrire ses activités ne saurait qualifier juridiquement le rôle de ladite entité¹². Voilà pourquoi, à notre avis, la Cour suprême a souligné qu'il est préférable de cataloguer les rôles et responsabilités des intermédiaires techniques selon les fonctions qu'ils occupent¹³ :

Il est évident qu'une même entreprise, telle Rogers, Bell ou AT&T Canada, peut jouer divers rôles dans la transmission Internet. La Commission s'est donc essentiellement demandé quelles *fonctions* faisaient naître une obligation sur le plan du droit d'auteur. Lorsqu'elle exécute une fonction donnée, l'entreprise peut violer le droit d'auteur relativement à cette *fonction*, sauf si elle a obtenu une licence.¹⁴

Toutefois, même en identifiant les intermédiaires techniques par le biais des fonctions qu'ils occupent, il demeure que la terminologie associée à une fonction donnée diffèrera bien souvent selon la source. En effet, une première problématique visant à établir la responsabilité des intermédiaires techniques est liée au fait que le vocabulaire utilisé par le législateur québécois diffère de celui utilisé par le législateur fédéral. Qui plus est, dans un cas comme dans l'autre, les expressions employées sont souvent peu parlantes pour les justiciables puisqu'elles s'éloignent des appellations couramment utilisées.

Le législateur québécois, par le biais de la LCCJTI, a choisi de classer les intermédiaires techniques sous un certain nombre de catégories distinctes de prestations de service, à savoir :

11. TRUDEL, préc., note 2, p. 190.

12. Voir par exemple l'article 1425 C.c.Q. en matière contractuelle. Voir également François GENDRON, *L'interprétation des contrats* (Montréal, Wilson & Lafleur, 2002), p. 31.

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

14. *Ibid.*, par. 21.

- Le prestataire de service qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de conservation de documents technologiques sur un réseau de communication¹⁵ ;
- Le prestataire de service qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de référence à des documents technologiques¹⁶ ;
- Le prestataire de service qui agit à titre d'intermédiaire pour fournir les services d'un réseau de communication¹⁷ ;
- Le prestataire de service agissant à titre d'intermédiaire pour conserver des documents technologiques sur un réseau de communication¹⁸.

Pour sa part, le législateur fédéral a choisi de plutôt regrouper les différents intermédiaires techniques sous deux chapeaux¹⁹, dont l'un recouvre deux sous-catégories :

- Le fournisseur de services réseaux :
 - Le fournisseur de moyens de télécommunication²⁰ ;
 - Le fournisseur de mémoire numérique²¹ ;
- Le fournisseur d'outils de repérage²².

Certains justifieront la terminologie choisie par le fait que les intermédiaires techniques actuels risquent de disparaître d'ici quelques années au même titre que les opérateurs de babillards électro-

15. LCCJTI, art. 22 et 37.

16. *Ibid.*, art. 22.

17. *Ibid.*, art. 36.

18. *Ibid.*, art. 37.

19. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (ci-après : la « LDA »), art. 41.25. Notons que cette disposition n'était toujours pas en vigueur au moment de la rédaction du présent article. En effet, « Afin d'assurer une mise en œuvre équilibrée, efficace et efficiente du régime d'avis et avis, il faut envisager un éventuel processus réglementaire, ce qui nécessite un délai. Par conséquent, la date d'entrée en vigueur des dispositions relatives au régime d'avis et avis (plus particulièrement les paragraphes 47 [41.25, 41.26, et 41.27(3)]), sera fixée par un décret distinct. » Voir : *Décret fixant plusieurs dates d'entrée en vigueur de diverses dispositions de la loi Modernisation du droit d'auteur (Loi)*, C.P. 2012-1392, TR/2012-85 (Gaz. Can. II).

20. LDA, al. 41.25(1) a).

21. *Ibid.*, al. 41.25(1) b).

22. *Ibid.*, al. 41.25(1) c).

niques qu'ils ont remplacés²³. Toutefois, bien que cette prétention ne soit pas sans fondements, les termes choisis tant par le législateur québécois que par son homologue fédéral témoignent eux aussi d'un attachement à un certain modèle d'affaire qui risque de devoir être revu à l'aune de développements technologiques futurs²⁴. Ce constat s'observe notamment du fait que les dispositions adoptées sont mal adaptées aux acteurs du Web 2.0, c'est-à-dire les Facebook et Wikipedia de ce monde, entités qui ont émergé après l'entrée en vigueur de la LCCJTI²⁵. Ceci étant, afin de mieux saisir la portée des expressions choisies par l'un ou l'autre des législateurs, il est utile de les confronter aux principales catégories d'intermédiaires techniques classiquement identifiés en ligne, soit les fournisseurs de services Internet (1.1.1), les hébergeurs (1.1.2), les services de courrier électronique (1.1.3) et les moteurs de recherche (1.1.4).

1.1.1 Les fournisseurs de services Internet

Vu la relative absence de définition législative de la notion de fournisseur de services Internet (ci-après : « FSI »), nous nous permettons, tel que l'autorisent les tribunaux²⁶, de nous référer au dictionnaire pour connaître la portée de l'expression. Ainsi, est assimilée à un FSI toute « [e]ntreprise reliée en permanence au réseau Internet, et qui met à la disposition de particuliers ou d'entreprises des connexions leur permettant d'accéder aux différents services disponibles dans Internet »²⁷. Plus concrètement, il s'agit d'entreprises telles Vidéotron ou Bell Canada qui permettent à une personne physique ou morale d'avoir accès au réseau.

23. Le babillard électronique ou BBS (pour l'anglais *Bulletin Board System*) est un « Service informatisé d'échange d'information géré par un organisme ou une entreprise, auquel on accède par modem, et qui permet aux utilisateurs d'afficher des messages et d'y répondre, d'échanger des fichiers, de communiquer avec des groupes thématiques et parfois de se connecter à Internet ». OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE (ci-après : « OLF »), *Grand dictionnaire terminologique* : <<http://www.granddictionnaire.com>>. Bien qu'il existe toujours quelques babillards actifs à travers le monde, ce type de service est pratiquement disparu avec l'arrivée du Web.

24. À ce sujet, voir Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique. Rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques* (Montréal, Thémis, 2012).

25. À ce sujet, voir Nicolas VERMEYS, « Responsabilité civile et Web 2.0 », (2007) *Repères*, EYB2007REP607.

26. À ce sujet, voir Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd. (Montréal, Thémis, 2009), p. 301.

27. OLF, préc., note 23. Notons que, en France, c'est l'expression « fournisseur d'accès à Internet » qui sera plutôt utilisée, alors qu'aux États-Unis, on parlera de « Internet Service Provider ».

Tel que nous venons d'y faire référence, l'expression « fournisseur de services Internet » n'est reprise nulle part dans la législation québécoise. Au niveau fédéral, la *Loi concernant la déclaration obligatoire de la pornographie juvénile sur Internet par les personnes qui fournissent des services Internet*²⁸ offre une définition de « service Internet »²⁹ qui viendrait élargir le rôle du FSI à la fourniture de tous « [s]ervices d'accès à Internet, d'hébergement de contenu sur Internet ou de courrier électronique ». Toutefois, bien que plusieurs FSI cumulent effectivement ces rôles, il demeure que cette définition dépasse la portée normalement attribuée à l'expression « fournisseur de services Internet » et nous semble difficilement généralisable pour servir d'outil interprétatif en matière d'attribution de responsabilité.

Ailleurs au pays, seule la loi ontarienne sur la protection du consommateur³⁰ incorpore la notion de « fournisseur de services Internet » sans, toutefois, la définir. Quant à l'expression quasi-synonymique³¹ de « fournisseur d'accès à Internet », celle-ci est reprise dans le *Règlement sur la déclaration des prélèvements d'eau*³², sans, encore une fois, qu'on en établisse la portée. Ceci étant, lorsque l'on considère les fonctionnalités associées aux services offerts par le FSI – soit de servir de conduit permettant de se connecter au réseau – cette notion nous semble, comme à d'autres auteurs avant nous³³, pouvoir être assimilée à celle de « prestataire de service qui agit à titre d'intermédiaire pour fournir les services d'un réseau de communication »³⁴ ou de « prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour fournir les services d'un réseau de communication »³⁵, selon les circonstances de l'acte reproché. Sous la *Loi sur le droit d'auteur*³⁶, nous sommes d'avis que le FSI sera ultimement

28. L.C. 2011, ch. 4.

29. *Ibid.*, art. 1.

30. *Loi de 2002 sur la Protection du consommateur*, L.O. 2002, c. 30, ann A, art. 13.1(2). Notons que la version anglaise de l'expression, « Internet service provider », est quant à elle utilisée dans la version anglaise de cette même loi, ainsi que dans la *Provincial Sales Tax Regulations* (R.R.S., c. E-3, r. 1, art. 3(0.1h)) de la Saskatchewan et dans la version anglaise du *Règlement sur la déclaration des prélèvements d'eau* du Québec (RLRQ, c. Q-2, r. 14, art. 9).

31. Comme le souligne l'Office de la langue française, « un fournisseur d'accès ne donne que la connexion à Internet alors que le fournisseur de services offre à ses clients plusieurs services supplémentaires, dont l'hébergement de pages personnelles. ». OLF, préc., note 23.

32. RLRQ, c. Q-2, r. 14, art. 9.

33. TRUDEL, préc., note 2, p. 225 et s.

34. LCCJTI, art. 36.

35. LCCJTI, art. 37.

36. *Préc.*, note 19.

assimilé à un « fournisseur de moyens de télécommunication »³⁷. C'est d'ailleurs ce que laisse transparaître le *Résumé législatif du projet de loi C-11* : « [l]es nouveaux articles 41.25 et 41.26 proposés définissent le rôle des fournisseurs de services réseau (ou fournisseurs de services Internet [FSI]) et des outils de repérage (moteurs de recherche) dans la prévention des violations du droit d'auteur »³⁸.

1.1.2 Les hébergeurs

Tout comme le FSI, l'hébergeur n'est pas défini en droit québécois. L'expression n'est d'ailleurs utilisée nulle part dans le paysage législatif canadien. Selon l'Office de la langue française, la notion d'hébergeur vise tout « [f]ournisseur proposant un service d'hébergement, gratuit ou payant, qui permet de disposer d'un espace disque sur son serveur, afin de diffuser sur Internet des sites Web ou des pages personnelles »³⁹. En ce sens, l'hébergeur serait assimilable, en droit québécois, au prestataire de service qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de conservation de documents technologiques sur un réseau de communication prévu à l'article 22 de la LCCJTI⁴⁰. En vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, l'hébergeur sera assimilé à une personne qui fournit « en vue du stockage visé au paragraphe 31.1(4), la mémoire numérique qui est utilisée pour l'emplacement électronique en cause »⁴¹. L'article 31.1(4) vient préciser les types de services associés au « fournisseur de mémoire numérique » en indiquant que ce titre vise : « quiconque fournit à une personne une mémoire numérique pour qu'elle y stocke une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur en vue de permettre leur télécommunication par l'intermédiaire d'Internet ou d'un autre réseau numérique ». Comme la disposition québécoise⁴², cette définition nous semble assez large pour couvrir les hébergeurs de sites Web, mais également les hébergeurs « 2.0 », c'est-à-dire les réseaux

37. LDA, al. 41.25(1)a).

38. Dara LITHWICK et Maxime-Olivier THIBODEAU, *Résumé législatif du projet de loi C-11 : Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, Publication n° 41-1-C11F.

39. OLF, préc., note 23.

40. C'est d'ailleurs ce que prévoit le texte annoté de la LCCJTI disponible à l'adresse : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informatiionnelles/gouvernance-et-gestion-des-ressources-informatiionnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformatiion/>>.

41. LDA, art. 41.25.

42. À ce sujet, voir Nicolas VERMEYS, « Fait et faute d'autrui », dans *Responsabilité civile*, coll. JurisClasseur Québec (Montréal, LexisNexis, 2013), p. 18/27 ; Patrick GINGRAS et Nicolas VERMEYS, *Actes illicites sur Internet : Qui et comment poursuivre* (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011), p. 35 ; et TRUDEL, préc., note 2, p. 199 et s.

sociaux, blogues et autres sites de contenus générés par les utilisateurs dès lors qu'ils fournissent une telle mémoire numérique.

Évidemment, vu les définitions retenues tant par la LCCJTI que la LDA, une entité pourrait à la fois être un FSI et un hébergeur, c'est-à-dire qu'elle pourrait offrir des services de stockage et permettre un accès au réseau⁴³. Elle pourrait également agir, comme nous le verrons maintenant, comme service de courrier électronique.

1.1.3 Les services de courrier électronique

Si les services de courrier électronique sont cités à maintes reprises tant par la législation provinciale⁴⁴ que fédérale⁴⁵, ils ne font jamais l'objet de définitions claires et précises. Ainsi, par soucis de limpidité, nous qualifions de service de courrier électronique tout « [s]ervice de correspondance qui permet l'échange de messages électroniques à travers un réseau informatique »⁴⁶. Cette définition viendra donc viser à la fois les services offerts par les FSI et/ou certains employeurs, ainsi que les services de courriel Web⁴⁷ tels Hotmail, Gmail et Yahoo ! Mail.

Sous la LCCJTI, le service de courrier électronique sera assimilé au « prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour fournir les services d'un réseau de communication exclusivement pour la transmission de documents technologiques sur ce réseau »⁴⁸. En effet, cette catégorie d'intermédiaire prévue à l'article 36 de la LCCJTI vise notamment les services de courriel. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle arrive Pierre Trudel, lequel précise que « [o]n vise ici les intermédiaires qui offrent des services exclusivement liés à la transmission [p]ar exemple [...] un serveur de courriel »⁴⁹.

43. C'est d'ailleurs, comme nous l'avons mentionné plus haut, ce que souligne la Cour suprême dans *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, préc., note 13, par. 21.

44. Voir par exemple : *Loi sur les bureaux de la publicité des droits*, RLRQ, c. B-9, art. 10 et *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1, annexe 1.

45. Voir par exemple : *Loi concernant la déclaration obligatoire de la pornographie juvénile sur Internet par les personnes qui fournissent des services Internet*, L.C. 2011, ch. 4, art. 1.

46. OLF, préc., note 23.

47. « Service gratuit de messagerie électronique, directement accessible sur le Web depuis un navigateur, sans faire appel à un logiciel de courrier électronique ». *Ibid.*

48. LCCJTI, art. 36.

49. Pierre TRUDEL, « La responsabilité des acteurs du commerce électronique », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique* (Montréal, Thémis, 2005), p. 607, à la p. 640.

Contrairement à la LCCJTI, la *Loi sur le droit d'auteur* semble, à première lecture, avoir écarté le service de courrier électronique du champ d'application des dispositions visant la responsabilité des intermédiaires techniques. En effet, s'il est relativement évident que l'offre de mémoire numérique vise les hébergeurs et que la fourniture de moyens de télécommunication est liée aux activités d'un FSI (si l'on se fie aux notes explicatives), aucune adéquation aussi directe n'a été effectuée en ce qui concerne les services de courrier électronique. Évidemment, il serait facile de prétendre que, lorsqu'un service de courrier électronique est offert par un FSI, ce sont les dispositions relatives à ce dernier qui s'appliquent, mais un tel raisonnement irait à l'encontre de la logique voulant que la responsabilité d'un intermédiaire technique soit dictée, comme nous l'avons déjà souligné, par la fonction exécutée dans un contexte donné et non sa principale offre de service⁵⁰.

Or, quelle est la *fonction* du service de courrier électronique ? En fait, cette fonction est double. Il s'agit d'abord – surtout pour les services de courriel Web – d'offrir un environnement permettant d'entreposer des messages envoyés, reçus ou en préparation, dans quel cas le service de courrier électronique pourra être assimilé à un hébergeur, soit une personne qui fournit de la mémoire numérique⁵¹. Le service de courrier électronique assure également la fonction de transmission et de réception de messages, dans quel cas il sera assimilable à un fournisseur de moyens de télécommunication⁵², cette fonctionnalité étant en fait similaire à celle d'une entreprise de télécommunication qui fournit les lignes téléphoniques pour l'envoi de télécopies ou de messages téléphoniques⁵³.

50. Voir *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, préc., note 13, par. 102 : « [...] un fournisseur de services Internet au Canada peut jouer de nombreux rôles. En plus d'agir comme intermédiaire, il peut aussi être fournisseur de contenu ou créer des liens intégrés qui communiquent automatiquement des œuvres musicales protégées par le droit d'auteur provenant d'autres sources. Dans de tels cas, les fonctions supplémentaires peuvent engager la responsabilité au regard du droit d'auteur. La protection prévue à l'al. 2.4(1)b) s'applique à une fonction protégée, et non à toute activité d'un fournisseur de services Internet. »

51. LDA, art. 41.25. Notons que cela implique également que, sous la LCCJTI, le service de courrier électronique pourrait également être associé à un « prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de conservation de documents technologiques sur un réseau de communication » (LCCJTI, art. 22) lorsque l'acte reproché est celui d'avoir hébergé des courriels contenant un contenu pornographique, par exemple.

52. LDA, al. 41.25(1)a).

53. Voir TRUDEL, préc., note 49, p. 640.

1.1.4 Les moteurs de recherche

Les moteurs de recherche constituent la catégorie d'intermédiaire technique la moins difficile à cataloguer en vertu tant de la LCCJTI que de la *Loi sur le droit d'auteur* puisque, contrairement aux autres intermédiaires dont la qualification juridique peut parfois causer de la confusion (comme c'est le cas, tel que nous venons de le voir, pour le FSI sous la LCCJTI ou le service de courrier électronique sous la *Loi sur le droit d'auteur*), les moteurs de recherche sont clairement identifiés par des notions quasi-synonymiques dans l'un et l'autre des textes de loi précités. Ainsi, en vertu de la LCCJTI, le moteur de recherche sera qualifié de « prestataire qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de référence à des documents technologiques, dont un index, des hyperliens, des répertoires ou des outils de recherche »⁵⁴, alors que, selon la *Loi sur le droit d'auteur*, il sera qualifié d'outil de repérage, soit « tout outil permettant de repérer l'information qui est accessible sur l'Internet ou tout autre réseau numérique »⁵⁵.

1.2 Les régimes de responsabilité applicables aux intermédiaires techniques

Tant sous la LCCJTI⁵⁶ que sous la *Loi sur le droit d'auteur*⁵⁷, le régime de responsabilité réservé à l'un ou l'autre des intermédiaires techniques que nous venons d'identifier est articulé autour de diverses notions, dont, comme nous l'avons soulevé en introduction, celle de contrôle. Tel que le souligne la Cour suprême dans l'affaire *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet* (ci-après : l'« affaire SOCAN »)⁵⁸ :

le fournisseur du serveur hôte ne contrôle pas la légalité du matériel rendu disponible, notamment au regard des dispositions sur le droit d'auteur. Étant donné l'énorme quantité de

54. LCCJTI, art. 22.

55. LDA, al. 41.27(5).

56. Voir Vincent GAUTRAIS et Pierre TRUDEL, *Circulation des renseignements personnels et Web 2.0* (Montréal, Thémis, 2010), p. 59 et s.

57. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, préc., note 13, par. 19 : « La Commission du droit d'auteur a conclu que, en règle générale, les fournisseurs de services Internet qui « hébergent » des sites Web pour des tiers ne connaissent pas le contenu des fichiers stockés en mémoire, ni ne le contrôlent. » [Les italiques sont nôtres.]

58. *Ibid.*

fichiers accessibles, il est impossible, en l'état actuel de la technologie, d'exiger du fournisseur du serveur hôte qu'il le fasse.⁵⁹

Cette absence de contrôle est la raison pour laquelle, comme nous le verrons maintenant, les deux régimes prévoient une exemption de responsabilités pour les intermédiaires techniques, exemption qui, toujours selon l'affaire *SOCAN*, est justifiée tant et aussi longtemps que cette absence de contrôle persiste :

Tant que son rôle relativement à une transmission donnée est limité à la fourniture des moyens nécessaires à la transmission de données provenant d'autrui et destinées à être transmises sur l'Internet, et tant que les services accessoires qu'il fournit ne vont pas jusqu'à la participation à la communication de l'œuvre ou à l'autorisation de sa communication, il convient de lui accorder le bénéfice de l'exemption.⁶⁰

Ceci implique par ailleurs que, dès que l'intermédiaire technique choisira d'exercer un quelconque contrôle sur les contenus qu'il héberge, transmet ou auxquels il donne accès, il ne pourra profiter de cette exemption. Bien que cette logique transcende le régime de responsabilité réservé aux intermédiaires techniques à la fois sous la LCCJTI (1.2.1) et sous la *Loi sur le droit d'auteur* (1.2.2), les approches utilisées diffèrent toutefois quant au contexte menant à la perte de ce bénéfice, approches que nous aborderons maintenant.

1.2.1 *Le régime de responsabilité sous la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*

Comme le soulève la Cour d'appel dans l'affaire *Prud'homme c. Rawdon (Municipalité de)*⁶¹ « [l]'on sait [...] qu'une faute contributive peut être commise par des tiers qui acheminent, diffusent ou hébergent l'information ». Le juge Rochon, auteur de cette décision, poursuit toutefois en précisant que « [à] cet égard, je dois reconnaître que les articles 22, 26, 36 et 37 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (L.R.Q., c. C-1.1) tendent plutôt à diminuer sinon à soustraire certains tiers à toute responsabi-

59. *Ibid.*, par. 109.

60. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs d'Internet*, (1999) 1 C.P.R. (4th) 417. Cité avec approbation dans *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, préc., note 13, par. 95.

61. 2010 QCCA 584, par. 75.

lité »⁶². Ce sont en effet principalement ces quatre dispositions qui constituent le cadre législatif applicable aux différents intermédiaires techniques en droit québécois.

L'article 22 de la LCCJTI vient limiter la responsabilité de l'intermédiaire technique pouvant être qualifié de prestataire de service qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de conservation de documents technologiques sur un réseau de communication, soit l'hébergeur, et du prestataire de service qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de référence à des documents technologiques (dont notamment les moteurs de recherche). En vertu de cette disposition, la responsabilité de l'hébergeur ne sera entraînée que « s'il a de fait connaissance que les documents conservés servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite ou s'il a connaissance de circonstances qui la rendent apparente et qu'il n'agit pas promptement pour rendre l'accès aux documents impossible ou pour autrement empêcher la poursuite de cette activité », alors que celle du moteur de recherche sera entraînée « s'il a de fait connaissance que les services qu'il fournit servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite et s'il ne cesse promptement de fournir ses services aux personnes qu'il sait être engagées dans cette activité »⁶³. Dans un cas comme dans l'autre, le critère déterminant sera celui de la connaissance. Or, comme, en vertu de l'article 27 de la même loi, « [l]e prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour fournir des services sur un réseau de communication ou qui y conserve ou y transporte des documents technologiques n'est pas tenu d'en surveiller l'information, ni de rechercher des circonstances indiquant que les documents permettent la réalisation d'activités à caractère illicite », cette connaissance ne se présupera pas, d'où la nécessité implicite d'aviser l'intermédiaire de l'existence du contenu illicite.

Une fois l'avis reçu, l'intermédiaire visé par l'article 22 LCCJTI devra agir promptement pour retirer le contenu ou y limiter l'accès.

62. *Ibid.*, note 24.

63. Tel que nous l'avons indiqué ailleurs (Nicolas VERMEYS, « La responsabilité civile des prestataires de moteurs de recherches et des fournisseurs d'hyperliens en droit québécois », (2005) 10(1) *Lex Electronica* : <http://www.lex-electronica.org/docs/articles_94.pdf>), la rédaction de cette disposition nous semble quelque peu maladroite puisqu'elle aurait une portée plus large que la simple obligation de cesser le référencement d'un site au contenu illicite. Toutefois, nous prédisons que les tribunaux, s'ils doivent éventuellement étudier la portée de la disposition, adopteront une interprétation restrictive qui se limite à cette obligation, le contraire étant, à notre avis, inconciliable avec les limites techniques du Web.

Le terme « promptement » n'étant quantifié nulle part dans la loi, il convient, pour citer les propos du juge Chaput dans *Fortin c. Fortin*⁶⁴, « d'en retenir le sens usuel », soit « en peu de temps »⁶⁵, notion qui sera nécessairement variable selon le type d'intermédiaire interpellé. Évidemment, ceci ne sera nécessaire que si le contenu en question est, toujours selon l'article 22 LCCJTI, illicite. Cette caractérisation du contenu, si elle est éminemment pertinente (en effet pourquoi le refus de retirer un contenu qui n'est pas illicite entraînerait-il la responsabilité d'un intermédiaire ?), n'en demeure pas moins source de confusion. Suffit-il simplement de prétendre à l'illicéité d'un contenu pour engager la responsabilité de l'intermédiaire ? Doit-on lui fournir un avis juridique à cet effet ? L'intermédiaire doit-il consulter son avocat avant de retirer un contenu ? Ces questions demeurent sans réponse définitive⁶⁶. Selon Pierre Trudel :

Pour qu'une plainte soit sérieuse, elle doit démontrer des motifs sérieux donnant à conclure au caractère illicite du document visé et non résulter d'une demande arbitraire, vengeresse et futile. Pour conclure au sérieux de la plainte, l'intermédiaire qui entretient des doutes à cet égard sera avisé d'obtenir une confirmation indépendante.⁶⁷

Évidemment, toute « confirmation indépendante » (comprendre ici, un avis juridique), en plus de demeurer spéculative tant et aussi longtemps qu'elle n'aura pas été elle-même confirmée par un tribunal, impliquera des frais qu'un hébergeur ou gestionnaire de moteur de recherche préférera éviter, d'où la présence de clauses telles celle-ci dans une majorité de contrats d'hébergement ou autres services offerts en ligne :

Nos services affichent des contenus n'appartenant pas à Google. Ces contenus relèvent de l'entière responsabilité de l'entité qui les a rendus disponibles. Nous pouvons être amenés à vérifier les contenus pour s'assurer de leur conformité à la loi

64. *Fortin c. Fortin (Complexe funéraire Fortin)*, 2009 QCCS 5345. Le tribunal se penchait ici sur le sens à accorder au terme « sommairement » tel qu'employé à l'article 54.2 C.p.c. Ces propos ont par ailleurs récemment été repris par le juge Kasirer dans *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037, par. 67.

65. Josette REY-DEBOVE et Alain REY (dir.), *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2007, p. 2042.

66. Pour un résumé des pistes de solution proposées par la doctrine, voir P. TRUDEL, préc., note 49, p. 637 et s. ; Nicolas VERMEYS, « La diffamation sur Internet : à qui la faute ? », (2007) *Repères*, EYB2007REP649 ; et TRUDEL, préc., note 2, p. 221.

67. TRUDEL, préc., note 2, p. 221.

ou à nos politiques. Nous nous réservons le droit de supprimer ou de refuser d'afficher tout contenu que nous estimons raisonnablement être en violation de la loi ou de nos politiques. Le fait que nous nous réservions ce droit ne signifie pas nécessairement que nous vérifions les contenus. Par conséquent, veuillez ne pas présumer que nous vérifions les contenus.⁶⁸

Dès lors qu'il sera possible d'établir qu'un hébergeur ou un moteur de recherche avait connaissance de l'existence d'un contenu illicite et qu'il n'a pas agi promptement pour y limiter l'accès⁶⁹, sa responsabilité pourra être retenue au même titre que celui qui a affiché le contenu en question. Ceci étant, comme la solidarité ne se présume pas⁷⁰ et que rien dans la LCCJTI ne laisse sous-entendre une responsabilité solidaire entre l'intermédiaire technique et celui qui a recours à ses services, cette responsabilité demeurera distincte de celle de l'utilisateur.

L'article 26 LCCJTI, bien qu'il soit effectivement pertinent afin d'établir la responsabilité d'un intermédiaire technique, principalement l'hébergeur, ne viendra jouer que dans la relation contractuelle entre l'hébergeur et le fournisseur de contenus. En effet, cette disposition vise les mesures de sécurité à mettre en place afin de notamment assurer la confidentialité et l'intégrité des informations hébergées, s'éloignant ainsi du propos du présent article. Nous référons donc le lecteur à d'autres ouvrages pour une analyse plus approfondie de cette disposition⁷¹.

L'article 36 LCCJTI vient limiter la responsabilité de l'intermédiaire technique qui « fournit les services d'un réseau de communication exclusivement pour la transmission de documents technologiques ». Ce dernier sera exempt de responsabilité pour les contenus illicites circulant via ses réseaux sauf s'il :

-
68. GOOGLE, « Conditions d'utilisation », (1^{er} mars 2012) : <<http://www.google.ca/intl/fr/policies/terms/regional.html>>. Notons que ces conditions s'appliquent tant à l'utilisation du moteur de recherche de Google qu'à ses services d'hébergement tels Google Drive et Youtube.
69. Notons que, selon une récente décision de la Cour supérieure, rendre l'accès à un document technologique impossible ne signifie pas nécessairement retirer le contenu. Il serait en effet possible de respecter son obligation tout en protégeant les contenus illicites par un mot de passe. Voir *Laforest c. Collins*, 2012 QCCS 6291, par. 12 et s.
70. Art. 1525 C.c.Q. : « La solidarité entre les débiteurs ne se présume pas ; elle n'existe que lorsqu'elle est expressément stipulée par les parties ou prévue par la loi [...] ».
71. Voir notamment Nicolas VERMEYS, *Responsabilité civile et sécurité informationnelle* (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010).

-
- Est à l'origine de la transmission du document ;
 - Sélectionne ou modifie l'information du document ;
 - Sélectionne la personne qui transmet, reçoit, ou accède au document ;
 - Conserve le document plus longtemps que nécessaire pour sa transmission⁷².

Finalement, l'article 37 LCCJTI applique cette même logique à celui qui « conserve sur un réseau de communication les documents technologiques que lui fournit son client et qui ne les conserve qu'à la seule fin d'assurer l'efficacité de leur transmission ultérieure aux personnes qui ont droit d'accès à l'information » en ajoutant toutefois trois exceptions supplémentaires, à savoir :

- Ne pas respecter les conditions d'accès au document ;
- Prendre des mesures pour empêcher la vérification de qui a eu accès au document ;
- Ne pas retirer promptement du réseau ou ne pas rendre l'accès au document impossible alors qu'il a de fait connaissance qu'un tel document a été retiré de là où il se trouvait initialement sur le réseau, du fait qu'il n'est pas possible aux personnes qui y ont droit d'y avoir accès ou du fait qu'une autorité compétente en a ordonné le retrait du réseau ou en a interdit l'accès.

Notons que l'exemption prévue aux articles 36 et 37 LCCJTI se conçoit facilement puisque les intermédiaires visés agissent ici comme de simples transmetteurs, entités qui, depuis des lustres, profitent d'une exemption de responsabilité pour les contenus qu'ils transmettent :

On ne peut dire des propriétaires des fils téléphoniques, qui ignorent tout de la nature du message devant être transmis, qu'ils transmettent, au sens de la convention, un message dont ils ignorent la teneur.⁷³

72. LCCJTI, art. 36.

73. *Electric Despatch Co. of Toronto c. Bell Telephone Co. of Canada* (1891), 20 R.C.S. 83, 91, telle que traduite dans *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, préc., note 13, par. 96.

Ce n'est donc, comme nous l'avons vu, que lorsqu'ils adopteront un rôle actif de contrôle et de surveillance des documents transmis que leur responsabilité pourra être retenue quant au contenu desdits documents.

1.2.2 Le régime de responsabilité sous la Loi sur le droit d'auteur

Comme en droit québécois, la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit l'absence de responsabilité des FSI pour les contenus qui circulent via leurs réseaux. En effet, l'article 31.1 LDA prévoit que :

La personne qui, dans le cadre de la prestation de services liés à l'exploitation d'Internet ou d'un autre réseau numérique, fournit des moyens permettant la télécommunication ou la reproduction d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur par l'intermédiaire d'Internet ou d'un autre réseau ne viole pas le droit d'auteur sur l'œuvre ou l'autre objet du seul fait qu'elle fournit ces moyens.⁷⁴

Cette même exemption existe par ailleurs pour les hébergeurs en ce qui concerne les données entreposées sur leurs serveurs :

quiconque fournit à une personne une mémoire numérique pour qu'elle y stocke une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur en vue de permettre leur télécommunication par l'intermédiaire d'Internet ou d'un autre réseau numérique ne viole pas le droit d'auteur sur l'œuvre ou l'autre objet du seul fait qu'il fournit cette mémoire.⁷⁵

Notons toutefois que l'hébergeur ne pourra bénéficier de cette exemption s'il « sait qu'un tribunal compétent a rendu une décision portant que la personne qui y a stocké l'œuvre ou l'autre objet viole le droit d'auteur du fait de leur reproduction ou en raison de la manière dont elle les utilise »⁷⁶. Il ne pourra par ailleurs pas profiter de cette exemption⁷⁷ – ni le FSI d'ailleurs⁷⁸ – s'il fournit ses services « principalement en vue de faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur, si une autre personne commet

74. LDA, par. 31.1(1).

75. *Ibid.*, par. 31.1(4).

76. *Ibid.*, par. 31.1(5).

77. *Ibid.*, par. 31.1(6).

78. *Ibid.*

une telle violation sur Internet ou tout autre réseau numérique en utilisant ce service »⁷⁹.

Ce dernier critère, lequel nous semble venir codifier le principe états-unien de « contributory copyright infringement » notamment soulevé dans la célèbre affaire *Napster*⁸⁰, mais jusqu'à présent pratiquement absent du paysage jurisprudentiel canadien⁸¹, risque de causer quelques ennuis interprétatifs. En effet, comment établir si un service existe « principalement en vue de faciliter l'accomplissement d'actes illicites » ? Si 51 % des utilisateurs d'un service voué à un usage légitime l'utilisent à des fins illicites, le fournisseur de ce service doit-il automatiquement y mettre fin de peur d'être tenu responsable de ces utilisations illicites ? Heureusement, le paragraphe 27(2.4) de la loi vient apporter quelques indices interprétatifs en précisant que, « [l]orsqu'il s'agit de décider si une personne a commis une violation du droit d'auteur prévue au paragraphe (2.3), le tribunal peut prendre en compte les facteurs suivants » :

- le fait que la personne a fait valoir, même implicitement, dans le cadre de la commercialisation du service ou de la publicité relative à celui-ci, qu'il pouvait faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur ;
- le fait que la personne savait que le service était utilisé pour faciliter l'accomplissement d'un nombre important de ces actes ;
- le fait que le service a des utilisations importantes, autres que celle de faciliter l'accomplissement de ces actes ;

79. LDA, par. 27(2.3).

80. *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F.Supp.2d 896 (N.D. Cal. 2000), confirmée en appel dans 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001), mais retournée en première instance pour réduire la portée de l'injonction : 2001 WL 777005 (N.D. Cal. Mar 05, 2001), confirmée en appel dans 284 F.3d 1091 (9th Cir. 2002).

81. « [T]he important distinctions that exist between American and Canadian copyright law on issues such as distribution rights and contributory infringement, coupled with the detailed statutory provisions that now address the liability of ISPs mean that American cases are of little relevance in determining the application of Canadian legal principles in these matters. » Voir *Public Performance of Musical Works (Re)*, [1999] D.C.D.A. 5, note 4. En effet, ce concept emprunté au droit des brevets n'a été abordé qu'à deux reprises par les tribunaux canadiens. Voir *Tom Hopkins International Inc. c. Wall & Redekop Realty Ltd.*, 1984 CanLII 519 (BC SC), par. 19 (infirmée en appel : *Tom Hopkins Int. Inc. c. Wall & Redekop Realty Ltd.*, 1985 CanLII 503 (BC C.A.)) et *Corel Corp. c. Guardian Insurance Co. of Canada*, [2001] O.J. 368, par. 7. Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, le concept est mentionné au passage en citant une décision américaine, mais ne fait l'objet d'aucune analyse permettant de déduire qu'il serait applicable au Canada.

- la capacité de la personne, dans le cadre de la fourniture du service, de limiter la possibilité d'accomplir ces actes et les mesures qu'elle a prises à cette fin ;
- les avantages que la personne a tirés en facilitant l'accomplissement de ces actes ;
- la viabilité économique de la fourniture du service si celui-ci n'était pas utilisé pour faciliter l'accomplissement de ces actes.

Cette énumération semble s'inspirer de la position adoptée par la Cour suprême dans l'affaire CCH⁸² à l'effet que « ce n'est pas autoriser la violation du droit d'auteur que de permettre la simple utilisation d'un appareil (comme une photocopieuse) susceptible d'être utilisé à cette fin »⁸³. La Cour poursuit d'ailleurs en précisant que « [l]es tribunaux doivent présumer que celui qui autorise une activité ne l'autorise que dans les limites de la légalité »⁸⁴. Bref, il existerait donc une présomption à l'effet qu'un service, même s'il facilite clairement l'accomplissement d'actes illicites, ne sert pas principalement à cette fin. Le nouveau paragraphe 27.(2.3), s'il ne vient pas directement renverser cette présomption, laisse toutefois supposer qu'elle n'est pas irréfragable.

Autrement, en ce qui concerne l'éventuel retrait, par l'intermédiaire technique, de contenus publiés, diffusés ou autrement communiqués via ses services en violation des droits d'auteur d'un tiers, la *Loi sur le droit d'auteur* fait figure seule en rejetant le modèle juridique le plus répandu. En effet, contrairement aux recommandations de la *Cour suprême*⁸⁵, le législateur fédéral n'a pas retenu le modèle d'« avis et retrait » préconisé à différents niveaux par ses homologues québécois, européens et états-unien. Ainsi, plutôt que d'imposer à l'intermédiaire technique l'obligation de retirer un contenu hébergé ou transmis, l'approche adoptée propose plutôt un modèle d'« avis et avis »⁸⁶ :

82. *CCH Canadienne ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13.

83. *Ibid.*, par. 43.

84. *Ibid.*

85. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, préc., note 13, par. 127 : « La meilleure solution serait que le législateur adopte une procédure « d'avis et de retrait » à l'instar de la Communauté européenne et des États-Unis ».

86. GOUVERNEMENT DU CANADA, « Ce que la Loi sur la modernisation du droit d'auteur signifie pour les fournisseurs de services Internet, les moteurs de recherche et les radiodiffuseurs », (2011) : <<http://balancedcopyright.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/rp01188.html>>.

Le projet de loi rend officiel le régime volontaire d'« avis et avis » actuellement utilisé par les FSI canadiens. Suivant ce régime, quand un FSI est avisé par un titulaire du droit d'auteur de la possibilité qu'un abonné viole son droit d'auteur, il envoie un avis à l'abonné ; l'identité de l'abonné peut alors être divulguée sous ordonnance d'un tribunal. Cette approche particulière au Canada a un effet dissuasif bien établi, et elle concorde avec les valeurs canadiennes.⁸⁷

Ce régime d'avis et avis est codifié aux futurs articles 41.25, 41.26 et 41.27(3) de la *Loi sur le droit d'auteur*, lesquels entreront en vigueur prochainement⁸⁸, soit à la suite de l'adoption d'un règlement visant à en établir les balises⁸⁹. Ainsi, en vertu de l'article 41.25, le titulaire d'un droit d'auteur n'ayant pas consenti à la mise en ligne de son œuvre pourra transmettre un avis au fournisseur de service ayant servi de canal de transmission, d'hébergeur ou d'outil de repérage de l'œuvre en question. Pour être jugé valide, ledit avis devra être communiqué par écrit et :

- préciser les nom et adresse du demandeur et contenir tout autre renseignement prévu par règlement qui permet la communication avec lui ;
- identifier l'œuvre ou l'autre objet du droit d'auteur auquel la prétendue violation se rapporte ;
- déclarer les intérêts ou droits du demandeur à l'égard de l'œuvre ou de l'autre objet visé ;
- préciser les données de localisation de l'emplacement électronique qui fait l'objet de la prétendue violation ;
- préciser la prétendue violation ;
- préciser la date et l'heure de la commission de la prétendue violation ;
- contenir, le cas échéant, tout autre renseignement prévu par règlement⁹⁰.

87. *Ibid.*

88. Notons que l'article 41.27 LDA est déjà en vigueur, à l'exception du paragraphe 3 qui entrera normalement en vigueur à la même date que les articles 41.25 et 41.26 LDA.

89. *Décret fixant plusieurs dates d'entrée en vigueur de diverses dispositions de la loi Modernisation du droit d'auteur (Loi)*, préc., note 19.

90. LDA, par. 41.25(2).

L'hébergeur, le service de courrier électronique ou le FSI recevant un tel avis devra alors :

- transmettre dès que possible par voie électronique une copie de l'avis à la personne à qui appartient l'emplacement électronique identifié par les données de localisation qui sont précisées dans l'avis et informer dès que possible le demandeur de cette transmission ou, le cas échéant, des raisons pour lesquelles il n'a pas pu l'effectuer ;
- conserver, pour une période de six mois à compter de la date de réception de l'avis de prétendue violation, un registre permettant d'identifier la personne à qui appartient l'emplacement électronique et, dans le cas où, avant la fin de cette période, une procédure est engagée par le titulaire du droit d'auteur à l'égard de la prétendue violation et qu'il en a reçu avis, conserver le registre pour une période d'un an suivant la date de la réception de l'avis de prétendue violation⁹¹.

Notons que, pour se conformer à l'avis, l'intermédiaire technique visé pourra exiger un dédommagement⁹², le montant duquel sera toutefois limité par règlement⁹³. Notons également que le prestataire de moteur de recherche n'est pas visé par l'article 41.26 de la *Loi sur le droit d'auteur* et que, advenant la découverte d'un contenu illicitement reproduit ou communiqué au public par télécommunication, le titulaire des droits devra procéder par voie injonctive⁹⁴.

Ce régime d'« avis et avis », s'il offre l'avantage de favoriser la liberté d'expression⁹⁵, n'est pas sans détracteurs⁹⁶, notamment puisqu'il détonne de la position adoptée presque universellement en occident et, surtout, parce qu'il n'est appuyé d'aucune donnée en

91. LDA, par. 41.26(1).

92. *Ibid.*

93. *Ibid.*, par. 41.26(2) : « Le ministre peut, par règlement, fixer le montant maximal des droits qui peuvent être exigés pour les actes prévus au paragraphe (1). À défaut de règlement à cet effet, le montant de ces droits est nul. »

94. LDA, art. 41.27.

95. Voir notamment Michael GEIST, « The Effectiveness of Notice and Notice », (2012) : <<http://www.michaelgeist.ca/content/view/1705/125/>>.

96. Voir notamment Barry SOOKMAN, « Copyright Reform for Canada: What Should We Do ? », (2009) 2(2) *Osgoode Hall Review of Law and Policy* 73, 97 ; Barry SOOKMAN, « Rethinking notice and notice after C-32 », (2011) : <<http://www.barrysookman.com/2011/04/04/rethinking-notice-and-notice-after-c-32/>> ; et James GANNON, « Correcting Geist on Notice-and-Notice », (2011) : <<http://jamesgannon.ca/2011/03/08/correcting-geist-on-notice-and-notice/>>.

démontrant l'efficacité⁹⁷. De plus, cette « approche particulière au Canada »⁹⁸ implique que, même dans les cas où la violation d'un droit d'auteur est flagrante, le titulaire devra procéder par voie injonctive pour faire retirer le contenu (ce qui implique des coûts) puisque l'intermédiaire technique n'aura aucune obligation de le faire (bien qu'il en ait la discrétion)⁹⁹ :

While requiring ISPs to forward notices from copyright owners to infringing end-users does have value for transitory network communications if the notices carry a realistic possibility of sanction, this approach is completely ineffective for hosted content. In addition, it promotes costly and lengthy litigation by compelling rights holders to obtain a formal court order every time a content poster opts not to voluntarily comply with an infringement notice (or possibly two, if the posters' identity is not known) in order to remove or disable access to infringing content. In the fast-paced world of the Internet, where the availability of even a single unauthorized copy can trigger a sequence of events that makes thousands of copies available for worldwide download, this is not a viable or effective remedy.¹⁰⁰

Si certains avanceront qu'un tel scénario est préférable aux risques liés au retrait de contenus licites, mais désagréables pour un titulaire de droits¹⁰¹, nous sommes d'avis qu'un processus intermédiaire entre le régime d'« avis et retrait » et celui d'« avis et avis » qui utiliserait une approche graduée aurait été plus adéquat. Comme l'explique Barry Sookman, « [a] graduated response system is a system of warnings delivered to a user by an ISP, followed by a series of

97. GANNON, préc., note 96.

98. La loi est en effet venue codifier une pratique fort répandue chez les FSI canadiens dont Bell, Shaw, Rogers, Québecor, Telus et Cogeco. Voir Dwayne WINSECK, « Take notice of the slippery slopes in the Copyright Modernization Act », (2012) *The Globe and Mail* : <<http://m.theglobeandmail.com/technology/digital-culture/take-notice-of-the-slippery-slopes-in-the-copyright-modernization-act/article542674/?service=mobile>>.

99. Bob TARANTINO, « Online Infringement: Canadian "Notice and Notice" vs US "Notice and Takedown" », (2012) : <<http://www.entertainmentmedialawsignal.com/online-infringement-canadian-notice-and-notice-vs-us-notice-and-takedown/>>.

100. ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION OF CANADA, « Copyright Consultations Submission », (2009) 2(2) *Osgoode Hall Review of Law and Policy* 205, 236.

101. Samuel E. TROSOW, « Copyright Consultations Submission », (2009) 2(2) *Osgoode Hall Review of Law and Policy* 169, 184 ; et CANADIAN ASSOCIATION OF RESEARCH LIBRARIES, « Copyright Consultations Submission », (2009) 2(2) *Osgoode Hall Review of Law and Policy* 198, 202.

measures applied by the ISP which would prevent continued unauthorized activity »¹⁰². Nous nous devons d'admettre que ce type d'approche n'a pas connu le succès escompté en France où la « riposte graduée » prévue au *Code de propriété intellectuelle* (tel que modifié par la loi HADOPI)¹⁰³ a été jugée inconstitutionnelle¹⁰⁴, ou en Angleterre où la *Digital Economy Act 2010*¹⁰⁵ instiguant le principe de « graduated response » a fait l'objet de sévères critiques de la part de la communauté juridique¹⁰⁶, mais soumettons que cet insuccès est plutôt dû au caractère disproportionné des sanctions et non à leur existence¹⁰⁷.

Quoiqu'il en soit, le titulaire du droit d'auteur qui s'avère insatisfait des remèdes qui lui sont offerts par la *Loi sur le droit d'auteur* choisira, dans certains cas, de simplement procéder par le biais de la LCCJTI, ce qui, comme nous le verrons maintenant, soulève en soi plusieurs problématiques et interrogations puisqu'une telle stratégie pourrait s'avérer hasardeuse, voire même illégitime.

2. Les incidences de la dualité de régime

Depuis les débuts de la fédération, le régime de responsabilité de droit commun (de compétence provinciale) et le régime de responsabilité propre aux différents régimes de propriété intellectuelle (de compétence fédérale)¹⁰⁸ ont cohabité parfois en parfaite harmonie, parfois difficilement. Or, en optant de mettre en place un régime

102. SOOKMAN, « Copyright Reform for Canada: What Should We Do ? », préc., note 96, p. 86. Ce type d'approche a déjà fait l'objet de législation en France, en Nouvelle-Zélande, en Corée du Sud, à Taiwan et au Royaume-Uni. Voir Trisha MEYER, « Graduated Response in France: the Clash of Copyright and the Internet », (2012) 2 *Journal of Information Policy* 107, 113.

103. *Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

104. Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009. La loi a par la suite été modifiée à nouveau par le biais de la *Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009* (HADOPI 2).

105. Ch. 24.

106. Voir notamment Anne BARRON, « 'Graduated Response' à L'Anglaise : Online Copyright Infringement and the Digital Economy Act (U.K.) 2010 », (2011) 3(2) *Journal of Media Law* 305.

107. Le conseil constitutionnel, dans la décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, indique d'ailleurs, au paragraphe 11, que : « Considérant que, selon les requérants, en conférant à une autorité administrative, même indépendante, des pouvoirs de sanction consistant à suspendre l'accès à internet, le législateur aurait, d'une part, méconnu le caractère fondamental du droit à la liberté d'expression et de communication et, d'autre part, institué des sanctions manifestement disproportionnées ». [Les italiques sont nôtres.]

108. Pour un historique de l'évolution du régime canadien de droit d'auteur, voir Sunny HANDA, *Copyright Law in Canada*, Markham, Butterworth, 2002, p. 53.

d'« avis et avis », le législateur fédéral est venu en quelque sorte créer une fracture entre le « modèle canadien » et le « modèle québécois ». Si, comme nous le verrons, ces modèles ne sont pas nécessairement irréconciliables, ils viennent compliquer la situation tant pour le titulaire de droits que pour l'intermédiaire technique québécois quant au régime applicable à une situation donnée (1.1). Cette situation est d'autant plus regrettable que la pertinence de ces régimes n'a, à notre avis, pas encore été démontrée (1.2).

2.1 La difficile cohabitation des régimes

Vu le partage des compétences prévu aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰⁹, une première interrogation relative à l'existence de deux régimes distincts visant à établir la portée des obligations d'un intermédiaire technique est évidemment liée à la validité des dispositions de l'une d'elles, en l'occurrence, la *Loi sur le droit d'auteur*. En effet, puisque le législateur¹¹⁰, tout comme la Cour suprême¹¹¹, est d'avis que les intermédiaires techniques n'enfreignent pas les droits d'auteur de tiers lorsqu'ils agissent comme simples hébergeurs ou canaux de communication, toute disposition visant à contraindre un intermédiaire technique à collaborer avec le titulaire de droits ou à le forcer à dédommager ledit titulaire dépasserait, à strictement parler, la portée de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il serait effectivement possible de prétendre que le futur article 41.26 de la *Loi sur le droit d'auteur*, lequel prévoit que le titulaire d'un droit d'auteur pourra exiger « le recouvrement des dommages-intérêts préétablis dont le montant est, selon ce que le tribunal estime équitable en l'occurrence, d'au moins 5 000 \$ et d'au plus 10 000 \$ »¹¹² de l'intermédiaire technique qui omet ou refuse de faire suivre un avis, équivaut à la création d'un droit d'action de nature civile par le législateur fédéral contre ledit intermédiaire technique. Or, un tel droit d'action relève techniquement « de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils conférée par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* »¹¹³. Notons toutefois que la Cour suprême a souligné à maintes reprises qu'un tel empiètement est admissible « si [la] disposition particulière est assez intégrée à la Loi pour justifier sa

109. (R-U), 30 & 31 Vict., c. 3.

110. LDA, art. 31.1.

111. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, préc., note 13, par. 5.

112. LDA, par. 41.26(3).

113. *General motors of Canada Ltd. c. City national leasing*, 1989 CanLII 133, section III. Il s'agit ici de la position défendue par les procureurs généraux des provinces de common law, position qui sera ultimement rejetée par la Cour.

constitutionnalité »¹¹⁴, soit s'il existe « un rapport fonctionnel » entre la disposition, ainsi que « l'objectif général de la loi [et] la structure et le contenu du système »¹¹⁵.

En matière de droits d'auteur, la question de la validité constitutionnelle de dispositions imposant une obligation à un tiers ne participant aucunement à la violation des droits d'un titulaire, comme c'est le cas pour les intermédiaires techniques, s'est posée dans l'affaire *Société canadienne de perception de la copie privé c. Canadian Storage Media Alliance*¹¹⁶, alors que la Cour d'appel fédérale devait se pencher sur la constitutionnalité des dispositions relatives aux redevances pour la copie pour usage privé d'œuvres musicales. Selon le tribunal :

la théorie du caractère véritable exige que, envisagé sous l'angle de son objet et de ses effets juridiques, chaque aspect du régime soit étroitement lié à l'objectif visé par le législateur fédéral, en l'occurrence indemniser les titulaires de droits pour la reproduction d'œuvres musicales pour usage privé. À mon avis, toutes les dispositions de la partie VIII se rattachent effectivement à cet objectif.¹¹⁷

L'objectif visé par le régime d'« avis et avis » étant de faire cesser la violation d'un droit d'auteur par un tiers que seul l'intermédiaire est capable d'identifier, il serait difficile de prétendre que la transmission d'un avis par le biais de ce tiers n'est pas lié à « l'objectif général de la *Loi sur le droit d'auteur* et la structure et le contenu du système » pour paraphraser le passage précité de la Cour suprême¹¹⁸. Bref, nous sommes d'avis que la constitutionnalité des articles 41.25 et 41.26 de la *Loi sur le droit d'auteur* ne devrait pas être remise en question. Ceci étant, accepter la validité de ces dispositions implique qu'un intermédiaire technique québécois se verra soumis à deux régimes qui, à première vue, semblent difficilement conciliables, l'un exigeant qu'il retire les contenus illicites, l'autre ne lui imposant que la transmission d'un avis au contrevenant.

114. *Ibid.*, section V. Voir également *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, par. 19.

115. *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, préc., note 113, p. 683-684, telle que citée par Jean LECLAIR, « La constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* relatives aux droits des distributeurs exclusifs de livres », (1998) 11(1) *Cahiers de propriété intellectuelle* 141, 154.

116. 2004 CAF 424.

117. *Ibid.*, par. 37.

118. Préc., note 115.

En vertu de la doctrine de la prépondérance fédérale, lorsqu'une loi fédérale et une loi provinciale sont toutes deux valides, mais incompatibles, la loi fédérale – en l'occurrence la *Loi sur le droit d'auteur* – aura préséance¹¹⁹. Si ce principe est bien ancré en droit canadien¹²⁰, son application en l'espèce nous semble inopportune. En effet, nous sommes d'avis, comme d'autres auteurs¹²¹, que les régimes d'« avis et avis » et « avis et retrait » ne sont aucunement incompatibles. Or, comme l'incompatibilité constitue l'un des deux critères devant être remplis pour invoquer la prépondérance fédérale, cette doctrine s'avèrerait donc impertinente dans la présente situation.

En effet, selon la *Loi sur le droit d'auteur*, l'intermédiaire technique désirant éviter d'être exposé à des dommages-intérêts pour avoir hébergé ou transmis des contenus portant atteinte aux droits d'auteur de tiers devra faire suivre un avis à celui qui aurait publié ou autrement communiqué ces contenus et conserver les informations permettant de retracer cet individu durant six mois. L'hébergeur soumis à la LCCJTI devra en plus retirer le contenu de ses serveurs dès qu'il aura été suffisamment informé de son illicéité. S'il va de soi que la LCCJTI impose un fardeau plus important aux intermédiaires techniques que la *Loi sur le droit d'auteur*, ce seul fait ne suffit pas pour prétendre à une quelconque incompatibilité. En effet, comme le souligne la Cour suprême dans *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*¹²² :

Il est clair qu'il est possible en l'espèce de se conformer aux deux textes. [...] De même, le juge appelé à appliquer l'une des lois n'a aucune difficulté à le faire malgré l'existence de l'autre loi. Comme la Cour, le juge peut se fonder sur la prémisse que la Loi provinciale interdit simplement ce que le Parlement a décidé de ne pas interdire dans ses propres loi et règlements.¹²³

119. Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. (Scarborough, Carswell, 2007), p. 16-3. Notons que ce principe a notamment trouvé application en matière de prescription pour un recours pour violation de droit d'auteur dans l'affaire *Fabrikant c. Swamy*, 2007 QCCS 5431. Au paragraphe 17 de la décision, le juge, en faisant siens les propos tenus dans *Fabrikant c. M.N.S. Swamy*, 2004 CanLII 43458 (QC C.S.), par. 29, précise que « [l]es dispositions du *Code civil du Bas-Canada* (C.c.B.-C.) ou du *Code civil du Québec* (C.c.Q.) relatives à la prescription sont [...] inapplicables [pour un recours en usurpation de droit d'auteur] ».

120. Une recherche rapide sur les moteurs de recherche juridiques recense près d'une trentaine de décisions de la Cour suprême appliquant ladite doctrine.

121. « “Notice and notice” and “notice and takedown” are complementary methods of dealing with online file sharing. They have often been portrayed as mutually exclusive processes. They are not. » Voir SOOKMAN, « Copyright Reform for Canada : What Should We Do ? », préc., note 96, p. 100.

122. 2005 CSC 13.

123. *Ibid.*, par. 22 et 23.

Dans cette affaire, l'appelant contestait la validité d'une loi provinciale interdisant d'exposer des produits du tabac, geste qu'autorise pourtant expressément l'article 30 de la *Loi sur le tabac*¹²⁴. Or selon la Cour :

la Loi provinciale n'entrave pas la réalisation de l'objet de l'art. 30 de la *Loi sur le tabac*. Tant l'objet général de la *Loi sur le tabac* (s'attaquer à un problème de santé publique d'envergure nationale) que l'objet précis de l'art. 30 (circonscrire l'interdiction générale concernant la promotion des produits du tabac établie à l'art. 19 de la *Loi sur le tabac*) sont réalisés.¹²⁵

En appliquant le raisonnement mis de l'avant par la Cour suprême dans cette affaire¹²⁶, il est possible de prétendre que l'exemption accordée aux intermédiaires techniques en vertu du régime d'« avis et avis », comme l'exemption accordée aux commerçants en vertu de l'article 30 de la *Loi sur le tabac*, n'accorde pas de droit positif¹²⁷. De plus, l'objectif général de la *Loi sur le droit d'auteur* étant de protéger les intérêts économiques et moraux des titulaires de droits d'auteur, et l'objectif précis du régime d'« avis et avis » étant de faire cesser la violation de ces droits par le biais des services offerts par les intermédiaires techniques, nous soumettons que le régime d'« avis et retrait » ne s'oppose pas à ces objectifs. Bien au contraire, il « paraît les favoriser »¹²⁸. Bref, il serait entièrement possible, pour l'intermédiaire technique, de se plier à la fois aux dispositions de la LCCJTI et de la *Loi sur le droit d'auteur*, rendant ainsi le recours à la règle de la prépondérance fédérale inapproprié.

Qui plus est, pour reprendre les propos de Barry Sookman¹²⁹, les deux régimes seraient même complémentaires puisque le titulaire québécois n'aura pas à obtenir d'injonction pour le retrait immédiat du contenu (ce qui serait nécessaire pour forcer l'intermédiaire à agir sous l'empire de la *Loi sur le droit d'auteur*) et n'aura pas besoin de transmettre une mise en demeure visant la conservation de la preuve (ce qui serait nécessaire, en fonction du régime de la LCCJTI, pour s'assurer que l'intermédiaire sera en fonction

124. L.C. 1997, ch. 13.

125. *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, préc., note 122, par. 25.

126. *Ibid.* Voir les paragraphes 19 à 21 de la décision.

127. *Ibid.*, par. 18.

128. *Ibid.*, par. 26.

129. SOOKMAN, « Copyright Reform for Canada: What Should We Do ? », préc., note 96, p. 100.

d'identifier l'individu fautif advenant l'obtention d'une ordonnance à cet effet¹³⁰).

Se pose toutefois la question de savoir si, malgré l'absence de chevauchement et la complémentarité des régimes, l'article 89 de la *Loi sur le droit d'auteur* – lequel édicte que : « Nul ne peut revendiquer un droit d'auteur autrement qu'en application de la présente loi [...] » – ne viendrait pas créer une « extension expresse de prépondérance fédérale »¹³¹. En effet, comme l'a souligné la Cour suprême dans l'affaire *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*¹³², « [a]u Canada, il est bien établi que le droit d'auteur trouve son unique source dans la *L.d.a.*, qui « crée simplement des droits et obligations selon certaines conditions et circonstances établies dans le texte législatif »¹³³. Sans contredire cette affirmation, nous sommes d'avis que les articles 22, 36 et 37 de la LCCJTI ne viennent pas créer de droits d'auteur ou même permettre la revendication d'un droit d'auteur préexistant. Ils permettent simplement d'obtenir des dommages advenant la participation cognitive d'un intermédiaire technique à une activité à caractère illicite, c'est-à-dire une activité « qui est défendue par la loi »¹³⁴, soit la *Loi sur le droit d'auteur*.

D'ailleurs, il importe de préciser que le passage cité de l'arrêt *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.* vient en fait résumer une position préalablement tenue par le même tribunal dans l'affaire *Compo Co. Ltd. c. Blue Crest Music et autres*¹³⁵ :

En ce domaine technique du droit d'auteur, les cours ont estimé plus prudent de ne statuer que sur les questions de droit soumises et d'éviter autant que possible les comparaisons, les exemples et les hypothèses. Je ferai de même et ne trancherai donc pas la question de savoir si, aux fins des articles pertinents de la Loi sur le droit d'auteur, il peut exister en droit deux « fabricants » d'un même disque. Répondant à une question de la Cour, M^e Hughes, l'avocat de l'intimée, a très bien exposé la

130. Voir *Jacques c. Ultramar ltée*, 2011 QCCS 6020.

131. Il s'agit ici d'une traduction littérale de la notion de « Express extension of paramountcy » invoquée par HOGG, préc., note 119, p. 16-14.

132. 2002 CSC 34.

133. *Ibid.*, par. 113, citant *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, p. 373, repris dans *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, 477.

134. En fait l'illicéité dépasse la simple illégalité pour couvrir tout ce qui est « défendu par la loi ou contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ». Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (Montréal, Wilson & Lafleur, 2010), p. 307.

135. Préc., note 133.

situation en disant que le droit d'auteur n'est pas régi par les principes de la responsabilité délictuelle ni par le droit de propriété mais par un texte législatif. Il ne va pas à l'encontre des droits existants en matière de propriété et de conduite et il ne relève pas des droits et obligations existant autrefois en common law. La loi concernant le droit d'auteur crée simplement des droits et obligations selon certaines conditions et circonstances établies dans le texte législatif. En droit anglais, il en est ainsi depuis la reine Anne, sous laquelle fut promulguée la première loi relative au droit d'auteur. Il n'est pas utile, aux fins de l'interprétation législative, d'introduire les principes de la responsabilité délictuelle. La loi parle d'elle-même et c'est en fonction de ses dispositions que doivent être analysés les actes de l'appelante.¹³⁶

Notons que cette décision a été rendue dans un contexte de common law. Elle ne fait en effet aucune mention de la validité du raisonnement employé en droit civil québécois. Ceci étant, la Cour fédérale, dans *EROS – Équipe de recherche opérationnelle en santé inc. c. Conseillers en gestion et informatique C.G.I. inc.*¹³⁷, est venue s'inspirer de cette position pour affirmer qu'« [il appert que les principes de responsabilité délictuelle n'ont pas leur place dans l'interprétation du droit d'auteur »¹³⁸. Selon le tribunal, il serait en effet « inexact de proposer [...] que le droit civil puisse être la source de la faute de la défenderesse dans un cas de violation de droit d'auteur »¹³⁹.

Or, s'il n'est pas utile d'introduire les principes de la responsabilité délictuelle – en l'occurrence, l'article 1457 C.c.Q. – afin d'interpréter les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*, cela n'équivaut pas à affirmer qu'il est impossible d'engager sa responsabilité civile en vertu de cette disposition et du droit commun. Ainsi, le droit civil

136. *Ibid.*, p. 372. La référence faite au droit anglais vise notamment l'arrêt *Ash c. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496, dont le passage pertinent est à l'effet que : « Le paragraphe 1(2) de la Copyright Act, 1911 [sur laquelle la Loi canadienne est modelée] expose les droits du titulaire d'un droit d'auteur. Il énumère certains actes que seul le titulaire d'un droit d'auteur peut accomplir. Le droit d'accomplir chacun de ces actes est, à mon avis, un droit distinct, créé par la loi, et quiconque accomplit l'un de ces actes sans le consentement du titulaire du droit d'auteur commet de ce fait un délit ; s'il en accomplit deux, il commet deux délits et ainsi de suite. » (Extrait tiré de la page 1507 de la décision, tel que traduit dans *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467).

137. 2004 CF 178.

138. *Ibid.*, par. 72.

139. *Ibid.*

ne serait pas la source de la faute de la défenderesse dans un cas de violation de droit d'auteur, ce serait plutôt la violation du droit d'auteur qui constituerait la faute en droit civil, ou l'activité à caractère illicite en vertu de l'article 22 de la LCCJTI. Qui plus est, il importe de rappeler que le libellé de l'article 22 LCCJTI est à l'effet que le prestataire « peut engager sa responsabilité ». La disposition ne règle donc pas la question de la responsabilité au regard de la *Loi sur le droit d'auteur*, elle vient simplement identifier les situations dans lesquelles la responsabilité d'un hébergeur peut être engagée.

C'est donc dire que ni l'article 89 de la *Loi sur le droit d'auteur*, ni l'arrêt *Compo Co. Ltd. c. Blue Crest Music et autres* n'empêchent, à notre avis, le recours au *Code civil du Québec* et autres lois connexes, dont la LCCJTI, pour obtenir un dédommagement lié à une utilisation préjudiciable d'un contenu protégé par droit d'auteur. En effet, dans la mesure où l'article 1457 C.c.Q. prévoit que « [t]oute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou *la loi*, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui » [les italiques sont nôtres] et qu'elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, « responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice », cette disposition ne vise pas à permettre la revendication d'un droit d'auteur ou interpréter la *Loi sur le droit d'auteur*, elle vient simplement ajouter un second régime de *responsabilité* qui s'additionne à celui qui est prévu dans cette loi, tout en tirant – dans certains cas – sa légitimité de celle-ci.

Ceci étant, notre raisonnement se voit confronté à un autre passage de la décision *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, lequel est à l'effet que : « [d]ans notre pays, le droit d'auteur tire son origine de la loi, et les droits *et recours* que celle-ci prévoit *sont exhaustifs* »¹⁴⁰ [les italiques sont nôtres]. Ainsi, si les recours prévus dans la *Loi sur le droit d'auteur* sont exhaustifs, comment concilier cette exhaustivité et la possibilité de recourir au droit civil ? En common law, une telle conciliation a été jugée impossible. En effet, il a été établi à maintes reprises que « [p]rotection against copyright infringement is a statutory right created pursuant to the *Copyright Act* »¹⁴¹, et donc que « [a] person cannot be held liable in tort for

140. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, préc., note 132, par. 5. Voir également *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, préc., note 13, par. 82.

141. *Schwartz v. Ingenious Ideas Inc.*, 2009 NSSC 255, par. 20. Voir également *Beloit Canada ltée c. Valmet-Dominion Inc.*, [1997] 3 C.F. 497.

copyright infringement »¹⁴². Cela s'explique facilement puisque, comme la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne est directement inspirée du modèle britannique, lequel est notamment le fruit d'une fusion du *Statute of Anne*¹⁴³ et des droits de copyright issus du régime de « torts » en common law¹⁴⁴, permettre à la fois le recours à la *Loi sur le droit d'auteur* et au régime de torts équivaldrait à un double recours fondé sur les mêmes assises juridiques historiques. Or, le régime de responsabilité civile québécois étant emprunté au droit français, cette même adéquation ne saurait être exacte.

Malgré ce fait, certaines décisions ont importé ce raisonnement en droit québécois. Ainsi, dans l'affaire *EROS – Équipe de recherche opérationnelle en santé inc. c. Conseillers en gestion et informatique C.G.I. inc.*¹⁴⁵, la Cour fédérale s'est inspirée notamment de l'affaire *Compo Co. Ltd. c. Blue Crest Music et autres*¹⁴⁶ pour en arriver à la conclusion que l'article 1053 C.c.B.-C. (aujourd'hui remplacé par l'article 1457 C.c.Q.) ne pouvait être invoqué en matière de droit d'auteur puisque la *Loi sur le droit d'auteur* « prévoit déjà quels sont les actes qui constituent une violation au droit d'auteur et quels sont les recours qui sont disponibles »¹⁴⁷. Elle poursuit en précisant que, comme « [l]e recours en dommages-intérêts est prévu aux articles 34 et 35 [de la LDA] »¹⁴⁸, l'on ne peut invoquer les dispositions du code civil puisque cela équivaldrait à établir un double régime d'indemnisation. Or, même en acceptant la validité de ce raisonnement, il ne serait pas transférable à la responsabilité des intermédiaires techniques puisqu'ils profitent d'une exemption en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, laissant le titulaire sans véritable recours contre ceux-ci en vertu de cette loi. Leur responsabilité serait donc retenue uniquement en vertu de la LCCJTI, ce qui, toujours selon la position adoptée par la Cour dans *EROS – Équipe de recherche opérationnelle en santé inc. c. Conseillers en gestion et informatique C.G.I. inc.*, serait alors valide :

contrairement à la présente instance, la *Loi sur les normes du travail* ne prévoit aucun recours pour la demanderesse. La

142. *Schwartz v. Ingenious Ideas Inc.*, préc., note 141, par. 20.

143. *An act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned*, 8 Anne, c. 19 (1710).

144. Voir S. HANDA, préc., note 108, p. 40 et s.

145. Préc., note 137.

146. Préc., note 133.

147. *Ibid.*, par. 73.

148. *Ibid.*, par. 73.

Cour s'est donc fondée sur le droit civil pour indemniser la demanderesse pour les dommages causés par la faute de la Commission.¹⁴⁹

Qui plus est, la prémisse voulant qu'il soit impossible de mettre en place un double régime d'indemnisation (l'un provincial et l'autre fédéral) nous semble erronée. En effet, comme le souligne Peter Hogg : « [d]ouble civil liability is [...] possible under overlapping or duplicative federal and provincial laws »¹⁵⁰. C'est pourquoi, au Québec, les cas de chevauchement entre les dispositions fédérales relatives à la propriété intellectuelle et le droit commun de la responsabilité civile sont couramment validés par les tribunaux. Par exemple, en matière de marques de commerce, la Cour d'appel du Québec a maintes fois autorisé des poursuites intentées pour commercialisation trompeuse ou concurrence déloyale à la fois sous l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce*¹⁵¹ et l'article 1457 C.c.Q.¹⁵². En matière de droit d'auteur, si ce double régime est plus rarement invoqué, il n'est pas pour autant unimaginable. Par exemple, dans *Bégin c. Bégin*¹⁵³, la Cour supérieure soumet que « les allégations [...] de plagiat possèdent indéniablement le caractère de faute extracontractuelle »¹⁵⁴, malgré le fait que le plagiat soit visé par la *Loi sur le droit d'auteur*, alors que, dans *Coulombe c. Parc maritime de St-Laurent de l'Île d'Orléans*¹⁵⁵, la Cour du Québec est d'avis que :

l'acte de placer l'œuvre d'art endommagée dans un site d'entreposage sans surveillance où un employé municipal peut sans autorisation, en remettre la possession à un ferrailleur constitue une violation du droit à l'intégrité préjudiciable à l'honneur et à la réputation de l'auteur. La municipalité et le Parc maritime ont manifesté une insouciance à l'égard du statut d'œuvre artistique de la pièce donnée par le demandeur constituant ainsi *une faute visée tant par la Loi sur le droit d'auteur que par l'article 1457 du Code civil du Québec*.¹⁵⁶
[Les italiques sont nôtres.]

149. *Ibid.*, par. 74.

150. HOGG, préc., note 119, p. 16-19.

151. L.R.C. (1985), ch. T-13.

152. Voir notamment 9055-6473 *Québec inc. c. Montréal Auto Prix inc.*, 2006 QCCA 627 ; et *Kisber & Co. Ltd. c. Ray Kisber & Associates Inc.*, 1998 CanLII 12807 (C.A. Qué.).

153. 2012 QCCS 5323.

154. *Ibid.*, par. 20.

155. 2010 QCCQ 8917.

156. *Ibid.*, par. 24.

Ceci étant, la possibilité de recourir tant aux dispositions du *Code civil* (et par extension de la LCCJTI) qu'à la *Loi sur le droit d'auteur* n'implique pas que le titulaire de droits pourra réclamer une double indemnité, mais bien qu'il aura la possibilité de choisir son véhicule procédural :

Les cours sont à même d'empêcher le double recouvrement dans le cas théorique et peu probable où des demandeurs cherchent à se faire indemniser en vertu des deux ensembles de dispositions. [...] En outre, à l'étape finale dans laquelle elle conclut à la responsabilité et en fixe le montant, la cour peut empêcher le double recouvrement si, en fait, un défendeur a déjà versé une indemnité et produit une reddition de compte. Aucune cour ne permettra le double recouvrement.¹⁵⁷

Évidemment, le raisonnement qui précède suppose qu'un titulaire de droits d'auteur invoquera les dispositions de la LCCJTI en plus (voire même au lieu) de celles de la *Loi sur le droit d'auteur* pour faire retirer un contenu qu'il considère enfreindre ses droits. Cette supposition nous semble toutefois parfaitement fondée vu les avantages offerts, pour le titulaire de droits d'auteur, par le modèle d'« avis et retrait ».

Tel que nous l'avons précisé ci-dessus, selon la *Loi sur le droit d'auteur*, le seul recours du titulaire d'un droit d'auteur contre un hébergeur ou FSI ayant refusé de donner suite à son avis « est le recouvrement des dommages-intérêts préétablis dont le montant est, selon ce que le tribunal estime équitable en l'occurrence, d'au moins 5 000 \$ et d'au plus 10 000 \$ »¹⁵⁸. Quant au moteur de recherche, l'article 41.27 prévoit que « le titulaire du droit d'auteur ne peut obtenir qu'une injonction comme recours contre le fournisseur d'un outil de repérage en cas de détermination de responsabilité pour violation du droit d'auteur découlant de la reproduction de l'œuvre ou de l'autre objet du droit d'auteur ou de la communication de la reproduction au public par télécommunication »¹⁵⁹, laquelle injonction devra tenir compte d'un certain nombre de critères prédéfinis¹⁶⁰. Le même article

157. *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, 191.

158. LDA, par. 41.26(3). Notons que le paragraphe (4) du même article prévoit toutefois la possibilité, pour le gouverneur en conseil, de « changer les montants minimal et maximal des dommages-intérêts préétablis » par règlement. Voir également GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 86.

159. LDA, par. 41.27(1).

160. LDA, par. 41.27(4.1) :

« S'il accorde l'injonction mentionnée au paragraphe (1), le tribunal tient compte

précise toutefois que ce paragraphe ne s'appliquera pas à moins que le moteur de recherche ne respecte les conditions suivantes :

- a) il reproduit l'œuvre ou l'objet et met cette reproduction en antémémoire ou effectue à son égard toute autre opération similaire, de façon automatique, et ce en vue de fournir l'outil de repérage ;
- b) il communique cette reproduction au public par télécommunication, et ce en vue de fournir l'information repérée par l'outil de repérage ;
- c) il ne modifie pas la reproduction, sauf pour des raisons techniques ;
- d) il se conforme aux conditions relatives à la reproduction, à la mise en antémémoire de cette reproduction ou à l'exécution à son égard de toute autre opération similaire, ou à la communication au public par télécommunication de la reproduction, qui ont été formulées, suivant les pratiques de l'industrie, par la personne ayant rendu l'œuvre ou l'objet accessibles sur Internet ou un autre réseau numérique et qui se prétent à une lecture ou à une exécution automatique ;
- e) il n'entrave pas l'usage, à la fois licite et conforme aux pratiques de l'industrie, de la technologie pour l'obtention de données sur l'utilisation de l'œuvre ou de l'objet.¹⁶¹

lorsqu'il en établit les termes, en plus de tout autre facteur pertinent, de ce qui suit :

- a) l'ampleur des dommages que subirait vraisemblablement le titulaire du droit d'auteur si aucune mesure n'était prise pour prévenir ou restreindre la violation ;
- b) le fardeau imposé au fournisseur de l'outil de repérage ainsi que sur l'exploitation de l'outil de repérage, notamment :
 - (i) l'effet cumulatif de cette injonction eu égard aux injonctions déjà accordées dans d'autres instances,
 - (ii) le fait que l'exécution de l'injonction constituerait une solution techniquement réalisable et efficace à l'encontre de la violation,
 - (iii) la possibilité que l'exécution de l'injonction entrave l'utilisation licite de l'outil de repérage,
 - (iv) l'existence de moyens aussi efficaces et moins contraignants de prévenir ou restreindre la violation.

161. LDA, par. 41.27(2).

Ce paragraphe ne s'appliquera pas, non plus, si le moteur de recherche agit en contravention du paragraphe 27(2.3) de la loi¹⁶². Finalement, notons que, en vertu du paragraphe 3 de ce même article 41.27 – lequel paragraphe n'est pas encore en vigueur – si le prestataire du moteur de recherche « reçoit un avis de prétendue violation conforme au paragraphe 41.25(2) à l'égard d'une œuvre ou d'un autre objet du droit d'auteur après le retrait de celui-ci de l'emplacement électronique mentionné dans l'avis, le paragraphe (1) ne s'applique, à l'égard des reproductions faites à partir de cet emplacement, qu'aux violations commises avant l'expiration de 30 jours – ou toute autre période prévue par règlement – suivant la réception de l'avis ».

C'est donc dire que les limites imposées par la *Loi sur le droit d'auteur* tant au niveau des avenues disponibles que du régime d'« avis et avis » viennent rendre le recours à cette loi beaucoup moins intéressant pour le titulaire de droits que le recours à la LCCJTI. En effet, si le régime d'« avis et avis » fédéral est préféré par certains auteurs et par les intermédiaires techniques eux-mêmes, il ne fait aucun doute que le régime d'avis et retrait québécois est plus avantageux pour les titulaires de droit d'auteur ; d'abord puisque ce régime permet – comme nous l'avons déjà évoqué – de limiter les dommages sans avoir à recourir aux tribunaux, ensuite parce qu'il met un frein à la multiplication des procédures pour identifier le réel contrevenant afin de le forcer à retirer un contenu¹⁶³ et, finalement, parce qu'il vient garantir au titulaire de droits d'auteur que, advenant un jugement favorable, il se retrouvera devant un débiteur solvable¹⁶⁴.

162. LDA, par. 41.27(3).

163. Advenant le refus, par l'individu accusé d'avoir affiché ou autrement communiqué un contenu, de procéder au retrait dudit contenu, le processus d'« avis et avis » prévoit implicitement la nécessité d'obtenir une ordonnance de type Norwich pour forcer l'intermédiaire technique à communiquer l'identité de cet individu. Ce n'est qu'après l'obtention de ce type d'ordonnance que le titulaire des droits sur ledit contenu pourra engager des procédures contre celui-ci. À l'opposé, en vertu de la LCCJTI, il pourra tenter des procédures contre l'intermédiaire technique ayant refusé de retirer un contenu sans devoir obtenir d'ordonnance préalable. Sur la question de l'ordonnance Norwich, voir Mathieu PICHE-MESSIER et Marie-Aude PIGEON, « Recours extraordinaires en matière de propriété intellectuelle : les ordonnances d'injonction de type *Anton Piller*, *Mareva* et *Norwich* », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle 2009* (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009), p. 469.

164. En effet, la solvabilité des intermédiaires techniques est souvent plus probable que celle d'un quidam qui aurait affiché un contenu protégé en ligne. Voir, à cet effet, GINGRAS et VERMEYS, préc., note 42, p. 33 et 34.

Pour conclure cette section, il importe de préciser que, même en admettant l'inapplication du régime de droit commun de responsabilité civile à toute situation relative au droit d'auteur, la question de la cohabitation des régimes québécois et fédéral de responsabilité des intermédiaires techniques ne serait pas pour autant écartée. En effet, un contenu pourrait contrevenir à la fois à la *Loi sur le droit d'auteur* et à l'article 1457 C.c.Q. selon des fondements juridiquement distincts. Par exemple, la diffusion sur Internet d'une photographie dont le sujet est également titulaire des droits fait intervenir des notions de droit d'auteur et de droit à l'image¹⁶⁵. Comme l'a souligné le juge Lamer dans l'affaire *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*¹⁶⁶ « [l]es tribunaux québécois ont mis en œuvre les principes de la responsabilité civile pour permettre l'indemnisation du préjudice subi suite à l'utilisation sans consentement de l'image d'une personne »¹⁶⁷. Subséquemment, dans l'affaire *Clavet c. Sourour*¹⁶⁸, la Cour d'appel est venue affirmer que la publication d'une photographie sans l'autorisation de son sujet était soumise à l'article 1457 C.c.Q. Dans un même ordre d'idée, une critique virulente d'une œuvre sur un site Web pourrait, si l'œuvre est reproduite sans respecter les critères de l'article 29.2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, exposer l'auteur de la critique à la fois à une poursuite pour diffamation et une poursuite pour violation de droits d'auteur.

Ainsi, selon l'un ou l'autre de ces scénarios, l'hébergeur du site litigieux se verrait dans l'obligation de retirer les contenus illicites en vertu de l'article 22 de la LCCJTI, mais également d'aviser le téléverseur desdits contenus en vertu du futur article 41.25 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

2.2 La pertinence pragmatique de la dualité de régimes

À la lumière de ce qui précède, il est opportun de se questionner sur la pertinence d'adopter deux régimes distincts, ou plutôt de procéder à l'adoption d'un régime propre à l'exemption de responsabilité des intermédiaires techniques en matière de droit d'auteur, alors que ce régime se distingue de ceux d'autres pays et, comme nous l'avons abordé, du régime québécois.

165. Voir Jean GOULET, *Grand angle sur la photographie et la loi* (Montréal, Wilson & Lafleur, 2010).

166. [1998] 1 R.C.S. 591.

167. *Ibid.*, par. 20. Notons que le juge Lamer était dissident dans cette affaire. Par contre cette affirmation n'allait pas à l'encontre de la position de la majorité.

168. 2009 QCCA 941.

Il nous faut évidemment admettre que l'argument voulant que la pertinence du régime de responsabilité réservé aux intermédiaires techniques en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* soit remise en question par l'existence d'un régime similaire sous la LCCJTI souffre d'une importante faille vu l'absence de dispositions similaires aux articles 22, 36 et 37 de la LCCJTI dans le corpus législatif des autres provinces canadiennes. En effet, le législateur québécois est, jusqu'à présent, le seul à s'être intéressé à la responsabilité des intermédiaires techniques, ses homologues du reste du Canada n'ayant pas cru utile de légiférer sur la question. Ainsi, au même titre que la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*¹⁶⁹ – qui est venue établir un régime de protection des renseignements personnels général applicable aux provinces n'ayant adopté aucune telle législation¹⁷⁰ – l'existence d'un régime fédéral s'avère utile pour combler le vide juridique laissé par les législateurs des provinces de common law (bien que, tel nous le verrons plus loin, ce vide nous semble être théorique vu le cadre établi par la jurisprudence).

Toutefois, notre argument n'est pas autant que le régime fédéral est inutile vu l'existence du régime provincial, mais bien que la pertinence du régime fédéral est discutable vu le peu de références, dans la jurisprudence, au régime provincial (2.2.1), le cadre législatif et jurisprudentiel préexistant (2.2.2) et les pratiques déjà établies de l'industrie (2.2.3). En effet, même si la particularité du régime mis de l'avant par la *Loi sur le droit d'auteur* peut être justifiée par le fait qu'« [e]lle donne aux titulaires du droit d'auteur les outils nécessaires pour faire valoir leurs droits, tout en respectant les intérêts et libertés des utilisateurs »¹⁷¹, il demeure qu'il est pertinent de se demander, à la lumière d'expériences passées, si l'adoption de dispositions législatives nouvelles concernant la responsabilité des intermédiaires techniques était vraiment de mise.

2.2.1 *La pertinence du régime fédéral à la lumière de l'expérience provinciale*

Par « expérience provinciale », nous nous référons ici à l'expérience québécoise. Ce choix s'impose puisque, tel que nous l'avons déjà soulevé, les législateurs des provinces de common law n'ont pas, à ce jour, légiféré sur le sujet. Le modèle québécois se retrouve donc

169. L.C. 2000, ch. 5.

170. *Id.*, art. 30.

171. GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 86.

comme seul outil de comparaison. Or, tel qu'énoncé en introduction, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* a été adoptée et est entrée en vigueur en 2001. Depuis ce temps, les articles 22, 36 et 37 de la loi ont été cités par les tribunaux à une seule reprise, soit dans l'extrait précité de la décision *Prud'homme c. Rawdon*¹⁷². Or, même dans cette décision, aucune autre référence n'est faite auxdites dispositions et celles-ci n'ont pas été utiles aux fins du jugement vu l'absence de preuve quant au rôle effectivement joué par les intermédiaires visés (les modérateurs d'un forum utilisé pour diffamer les membres de l'administration de l'intimée). Bref, en 12 années d'existence, aussi bien dire que le cadre juridique applicable aux intermédiaires techniques québécois n'a jamais fait l'objet d'interprétation par les tribunaux québécois. Évidemment, comme peu de litiges entamés se rendent à jugement¹⁷³, cette situation pourrait s'expliquer par un grand nombre de règlements hors cour basés sur les articles précités. Nous doutons toutefois de la validité de cette hypothèse. En effet, il est intéressant (et certains diront préoccupant) de souligner que l'absence de recours aux articles 22, 36 et 37 LCCJTI par les tribunaux n'implique pas une absence de litiges mettant en cause la responsabilité d'intermédiaires techniques. En effet, la jurisprudence relative à la responsabilité de ceux-ci a, jusqu'à présent et pour des raisons qui nous échappent, simplement choisi d'ignorer la LCCJTI même lorsque celle-ci aurait été pertinente aux faits en litige.

Ainsi, dans *Vaillancourt c. Lagacé*¹⁷⁴, les demandeurs désiraient obtenir une ordonnance de sauvegarde visant notamment à faire retirer des propos prétendument diffamatoires d'un blogue. Les dispositions de la LCCJTI concernant la responsabilité des intermédiaires techniques auraient tout au moins pu servir de support interprétatif à cette requête, mais l'absence de preuve quant à la possibilité d'exercer un contrôle sur lesdits propos a été jugée suffisante pour refuser d'émettre l'ordonnance :

Aucune preuve technique n'a été déposée expliquant le fonctionnement d'un blogue. D'après la définition de l'Office de la langue française, les internautes communiquent leurs idées directement sur le site. Aucune preuve n'indique qu'un ou plusieurs des défendeurs ont le contrôle sur les propos qui y sont

172. Préc., note 61.

173. Voir Pierre-Claude LAFOND, *L'accès à la justice civile au Québec : portrait général* (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012), p. 17. Selon l'auteur le pourcentage exact se situerait entre 3 et 7 % selon le tribunal.

174. 2005 CanLII 29333 (C.S. Qué.).

tenus, ni qu'ils ont la capacité technique de supprimer certains commentaires. Si certains des commentaires sont signés, « Micheline », « Luc » ou « Marie » (les prénoms des défendeurs), les propos « les plus offensants » – s'il faut les qualifier ainsi – émanent d'internautes qui signent avec des noms différents ; certains sont même anonymes.¹⁷⁵

Dans un même ordre d'idée, il était question, dans l'affaire *Canoë inc. c. Corriveau*¹⁷⁶, de quantifier la responsabilité du gestionnaire d'un blogue, en l'occurrence l'appelante, pour les propos diffamatoires affichés par des tiers. En vertu des conditions d'utilisation dudit blogue, Canoë se devait de « prendre les mesures raisonnables afin de surveiller et contrôler le contenu publié ou diffusé sur le Blogue pour que ledit contenu respecte les règlements du Blogue et respecte les lois applicables »¹⁷⁷. Si Canoë a d'emblée admis sa responsabilité – ce qui aurait pu faire l'objet de discussions vu la lettre des articles 22 et 27 de la LCCJTI¹⁷⁸ – elle a toutefois choisi de contester le quantum des dommages exigés par l'intimée. Or, le fait que Canoë agissait comme « prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de conservation de documents technologiques sur un réseau de communication » n'a jamais été invoqué (même en *obiter*) ni en première instance¹⁷⁹, ni en appel¹⁸⁰.

Ces exemples – et leur relative rareté – démontrent donc que les dispositions de la LCCJTI portant sur la responsabilité des intermédiaires techniques n'ont eu que très peu d'incidence sur le paysage juridique québécois jusqu'à présent.

Est-ce dire que le législateur devrait cesser de légiférer simplement parce que les avocats et juges refusent ou omettent d'invoquer les dispositions pertinentes de certains textes de loi ? La réponse à cette question se doit évidemment d'être négative. Toutefois, vu le fait que – au Québec – le recours au droit commun (et certains diront

175. *Ibid.*, par. 31.

176. 2012 QCCA 109.

177. *Ibid.*, par. 15.

178. Notons toutefois que vu l'engagement à assurer une surveillance et un contrôle des contenus, il aurait été difficile de prétendre que l'entreprise n'avait pas « de fait connaissance que les documents conservés serv[ai]ent à la réalisation d'une activité à caractère illicite », soit la publication de propos diffamatoires à l'égard de l'intimée. Voir LCCJTI, art. 22.

179. *Corriveau c. Canoe inc.*, 2010 QCCS 3396.

180. Préc., note 176.

au « bon sens ») a permis aux tribunaux d'arriver à la même conclusion que celle à laquelle ils seraient arrivés s'ils s'étaient référés à la LCCJTI, il est à se demander si une interprétation des dispositions déjà en vigueur de la *Loi sur le droit d'auteur* aurait pu permettre d'en arriver à une conclusion similaire à celle recherchée par l'adoption des articles 31.1 et 41.25 et suivants de cette loi. Or, comme nous le verrons maintenant, c'est exactement ce qui s'est produit...

2.2.2 *La pertinence du régime fédéral à la lumière de la jurisprudence*

Tel que nous l'avons énoncé précédemment, les modifications apportées à la *Loi sur le droit d'auteur* font en sorte que :

les FSI et les moteurs de recherche ne sont pas tenus responsables des violations du droit d'auteur commises par leurs abonnés, dans la mesure où ils agissent comme des intermédiaires neutres (p. ex., quand ils fournissent un accès à Internet, permettent aux utilisateurs de télécharger des œuvres provenant d'un compte d'archivage en ligne qui leur appartient ou mettent des versions éphémères en antémémoire afin d'assurer l'efficacité du réseau).¹⁸¹

Bien que cette prise de position de la part du législateur ait probablement été la bienvenue pour les intermédiaires techniques, ceux-ci étaient loin de se retrouver devant un vide législatif dans la mesure où la Cour suprême avait déjà jugé à maintes reprises que les FSI pouvaient invoquer « le moyen de défense fondé sur la « diffusion de bonne foi » dont peuvent se prévaloir « [TRADUCTION] ceux qui n'ont qu'un rôle secondaire dans le réseau de distribution, tels que les distributeurs de journaux, les librairies et les bibliothèques »¹⁸². En effet, il est acquis que :

suivant la *Loi sur le droit d'auteur*, qui consacre la politique législative du Parlement, l'intermédiaire qui fournit des logiciels et du matériel pour faciliter le recours à l'Internet ne viole pas le droit d'auteur. Comme l'a conclu la Commission, ce qui

181. GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 86.

182. *Crookes c. Newton*, 2011 CSC 47, par. 20. Pour en arriver à cette conclusion, la Cour se base notamment sur les arrêts *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, préc., note 13 ; *Vizetelly c. Mudie's Select Library, Ltd.*, [1900] 2 Q.B. 170 ; et *Sun Life Assurance Co. of Canada c. W.H. Smith and Son Ltd.* (1934), 150 L.T. 211.

caractérise entre autres un tel « agent » c'est l'ignorance du contenu attentatoire et l'impossibilité (tant sur le plan technique que financier) de surveiller la quantité énorme, voire prodigieuse, de fichiers circulant sur l'Internet. Un important fournisseur de services en ligne comme America Online effectue, nous dit-on, quelques 11 millions de transmissions par jour.¹⁸³

Bref, l'objectif admis des modifications apportées à la loi avait déjà été atteint par la jurisprudence. En ce sens, l'article 31.1 ne se veut en quelque sorte qu'une codification des conclusions de la Cour suprême, notamment dans l'affaire *SOCAN*¹⁸⁴, à l'effet que les intermédiaires techniques ne procèdent pas à la communication, ni n'autorisent la communication d'œuvres « au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* »¹⁸⁵ :

Le législateur a agi en 1988 en modifiant la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42. Il a clairement indiqué que les intermédiaires Internet ne sont pas, comme tels, parties à la communication qui viole le droit d'auteur. Ce sont des fournisseurs de services, et non des participants quant au *contenu* de la communication.¹⁸⁶

Et c'est là ce qui nous semble le plus surprenant. L'article 31.1 de la *Loi sur le droit d'auteur* ne vient pas codifier des principes de common law dégagés par la jurisprudence ; il vient recodifier ce qui était déjà prévu à l'alinéa 2.4(1)b) de la loi, lequel indique, depuis bien avant la réforme de 2012, que « n'effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue ». Or, selon la Cour suprême :

Suivant cette disposition [l'alinéa 2.4(1)b)], un fournisseur de services Internet n'effectue pas la « communication » d'une œuvre protégée par le droit d'auteur s'il « ne fait que » fournir « à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue ». ¹⁸⁷

183. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, préc., note 13, par. 101.

184. *Ibid.*

185. *Ibid.*, par. 5.

186. *Ibid.*

187. *Ibid.*, par. 31.

La Cour poursuit en ajoutant que :

L'alinéa 2.4(1)*b*) soustrait à l'application des dispositions sur le droit d'auteur les activités liées à la fourniture à un tiers de moyens de télécommunication lui permettant d'effectuer une communication. [...] L'intermédiaire Internet qui ne se livre pas à une activité touchant au contenu de la communication, dont la participation n'a aucune incidence sur celui-ci et qui se contente d'être « un agent » permettant à autrui de communiquer bénéficie de l'application de l'al. 2.4(1)*b*).¹⁸⁸

Bref, nous sommes d'avis que le paragraphe 31.1(1) est quelque peu redondant en ce qu'il vient simplement préciser ce qui avait déjà été prévu – et interprété par la Cour suprême – à l'alinéa 2.4(1)*b*).

Cette recodification n'est par ailleurs pas propre au premier paragraphe de l'article 31.1. En effet, le paragraphe 31.1(2) vient édicter le cadre applicable à la mise en antémémoire en précisant que si un intermédiaire technique « met l'œuvre ou l'autre objet du droit d'auteur en antémémoire ou effectue toute autre opération similaire à leur égard en vue de rendre la télécommunication plus efficace, [il] ne viole pas le droit d'auteur sur l'œuvre ou l'autre objet du seul fait qu'[il] accomplit un tel acte »¹⁸⁹. L'article poursuit en précisant toutefois que cette exemption ne sera valide que si l'intermédiaire technique :

- ne modifie pas l'œuvre ou l'autre objet du droit d'auteur, sauf pour des raisons techniques ;
- veille à ce que les directives relatives à leur mise en antémémoire ou à l'exécution à leur égard d'une opération similaire, selon le cas, qui ont été formulées, suivant les pratiques de l'industrie, par quiconque les a mis à disposition pour télécommunication par l'intermédiaire d'Internet ou d'un autre réseau numérique soient lues et exécutées automatiquement si elles s'y prêtent ;
- n'entrave pas l'usage, à la fois licite et conforme aux pratiques de l'industrie, de la technologie pour l'obtention de données sur leur utilisation.¹⁹⁰

188. *Ibid.*, par. 92.

189. LDA, art. 31.1(2).

190. *Ibid.*, par. 31.1(3).

Encore une fois, cette disposition vient compléter un alinéa 2.4(1)b) qui ne semblait pas nécessiter de précisions puisque la Cour suprême est d'avis que :

De l'avis de la Commission, les moyens « nécessaires » au sens de l'al. 2.4(1)b) sont ceux qui n'ont aucune incidence sur le contenu et qui s'imposent pour maximiser les économies et la rentabilité de l'« agent » Internet. Cette interprétation me paraît assurer le mieux « la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles » (*Théberge*, précité, par. 30) sans dépouiller le titulaire du droit d'auteur de ses droits légitimes. L'« antémémoire » est en somme une belle invention issue du progrès de la technologie Internet, elle n'a aucune incidence sur le contenu et, au vu de l'al. 2.4(1)b) de la Loi, elle ne devrait avoir aucun effet *juridique* sur la communication intervenant entre le fournisseur de contenu et l'utilisateur final. [...] À mon avis, la Commission du droit d'auteur a eu raison de conclure que la mise en antémémoire bénéficie de la protection prévue au par. 2.4(1), et je suis d'avis de rétablir sa décision à cet égard.¹⁹¹

Ceci étant, si nous sommes d'avis que le nouvel article 31.1 de la *Loi sur le droit d'auteur* ne viendra aucunement affecter la jurisprudence puisqu'il ne fait que réitérer la position de la Cour suprême, il nous faut admettre que l'adoption des articles 41.25, 41.26 et 41.27 s'avérait nécessaire pour asseoir le régime d'« avis et avis » vu la propension de la Cour suprême de favoriser un régime d'« avis et retrait »¹⁹². Ceci étant, comme nous le verrons maintenant, nous doutons que ces dispositions viennent changer les pratiques, rendant ainsi leur application quelque peu théorique.

2.2.3 La pertinence du régime fédéral à la lumière des pratiques de l'industrie

Comme l'ont souligné certains auteurs, le régime d'« avis et avis » prévu aux articles 41.25, 41.26 et 41.27(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* constitue en quelque sorte la consécration législative d'une entente intervenue entre les principaux FSI canadiens (Bell, Shaw, Rogers, Quebecor (QMI), Telus and Cogeco) et l'industrie de la

191. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, préc., note 13, par. 115 et 119.

192. *Ibid.*, par. 99, 124 et 127.

musique¹⁹³. Or, vu l'implantation plus généralisée du régime d'« avis et retrait » ailleurs en occident et vu le fait qu'une majorité d'intermédiaires techniques sont situés à l'intérieur des frontières d'états ayant adopté un tel régime (dont principalement les États-Unis), il est à se demander si cette avenue, malgré ses avantages, sera ultimement efficace. En effet, même au Canada, une majorité d'intermédiaires techniques se réserve contractuellement le droit de retirer les contenus illicites, y compris les intermédiaires ayant pris part à l'entente précitée. Par exemple, la « Politique d'utilisation acceptable »¹⁹⁴ de Rogers prévoit que l'entreprise peut procéder au « retrait temporaire ou permanent du contenu »¹⁹⁵, ce qui cadre d'ailleurs avec la prise de position officielle de l'ACFI (l'Association canadienne de fournisseurs Internet) à l'effet que : « CAIP members will not knowingly host illegal content. [...] Although Internet providers are unable to monitor all content, CAIP members will make a reasonable effort to investigate legitimate complaints about alleged illegal content or network abuse, and will take appropriate action »¹⁹⁶. Cette prise de position a d'ailleurs été soulignée par la Cour suprême dans l'affaire *SOCAN*¹⁹⁷ :

en règle générale, les fournisseurs de services Internet qui « hébergent » des sites Web pour des tiers ne connaissent pas le contenu des fichiers stockés en mémoire, ni ne le contrôlent. Dans certains cas, toutefois, ils mettent en garde le fournisseur de contenu contre l'illégalité d'un contenu et lui recommandent de ne pas le rendre disponible (pornographie criminelle, diffamation, violation du droit d'auteur, virus, etc.) ; ils conservent habituellement un mot de passe « de base » leur permettant d'avoir accès à tous les fichiers du serveur. Le contrat confère généralement au fournisseur du serveur hôte le pouvoir d'examiner périodiquement le contenu rendu disponible pour déterminer s'il contrevient à l'entente et de supprimer les fichiers en cause le cas échéant.¹⁹⁸

Ainsi, même s'ils n'ont pas l'obligation de retirer un contenu litigieux, plusieurs intermédiaires techniques préféreront cette

193. Voir WINSECK, préc., note 98.

194. Disponible à l'adresse : <http://www.rogers.com/cms/pdf/fr/Unified_AUP_Fr.pdf>.

195. *Ibid.*

196. ACFI, « CODE OF CONDUCT » : <http://www.cata.ca/files/PDF/caip/CAIP_Code_of_Conduct.pdf>.

197. Préc., note 13.

198. *Ibid.*, par. 19.

avenue à d'éventuelles procédures judiciaires. Qui plus est, un grand nombre d'intermédiaires offrent même un mécanisme d'avis et retrait à même leur site. Par exemple, les différents sites de eBay (y compris eBay Canada) offrent le service VeRO, soit un programme qui « permet aux titulaires de droits de propriété intellectuelle de demander le retrait d'annonces sur eBay qui offrent des articles ou qui contiennent des objets portant atteinte à leurs droits »¹⁹⁹.

C'est donc dire que le modèle d'« avis et retrait » est devenu *de facto* celui privilégié par l'industrie en général, et ce, malgré l'entente intervenue entre les FSI canadiens et l'industrie musicale, puis intégrée dans la dernière mouture de la *Loi sur le droit d'auteur*. Pour cette raison, ainsi que celles qui précèdent, nous sommes donc d'avis que les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* relatives à la responsabilité des intermédiaires techniques n'auront que très peu d'incidences réelles tant sur les pratiques de ces derniers, que sur les comportements de leurs abonnés et/ou utilisateurs.

Conclusion

L'objet de cet article se voulait double : d'abord énoncer les grandes lignes des cadres législatifs québécois et fédéral applicables aux intermédiaires techniques, pour ensuite soulever les failles de ce(s) régime(s). Notre propos ne devrait pas être interprété comme une dénonciation de l'une ou l'autre des lois étudiées, mais bien comme un constat à l'effet que l'inflation législative dans le domaine n'aura probablement que très peu d'incidences sur les pratiques et sur la jurisprudence. Est-il nécessaire de rappeler que, au Québec, dans les rares instances où les tribunaux ont eu à se pencher sur la question depuis l'adoption de la LCCJTI, ces derniers ignoraient ou ont opté de contourner le cadre législatif en place pour rendre leur jugement ? Quant aux nouvelles dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*, celles-ci ne viennent que réitérer ce qui était déjà codifié à l'article 2.4 de la loi ou, pour être plus exact, l'interprétation de la Cour suprême de cette disposition.

Finalement, comment qualifier l'incidence, pour l'intermédiaire technique québécois, de cette dualité de régimes ? Même en acceptant la préséance de la *Loi sur le droit d'auteur*, celle-ci n'a pas pour effet d'annuler les dispositions de la LCCJTI, ni de les rendre

199. « Qu'est-ce que VeRO et pourquoi ce programme est-il responsable du retrait de mes annonces ? » : <<http://pages.cafr.ebay.ca/help/policies/questions/vero-ended-item.html>>.

*ultra vires*²⁰⁰. Il y aura donc effectivement, lorsque les articles 41.25 et 41.26 de la *Loi sur le droit d'auteur* entreront en vigueur, dualité de régime. C'est donc dire que les titulaires de droits les mieux informés pourront, selon le contexte, invoquer l'un ou l'autre des cadres législatifs en place, voire même, tel que nous l'avons défendu, les deux régimes à la fois...

200. HOGG, préc., note 119, p. 16-19 et 16-20.