

## Revue de l'année 2016 – Droit d'auteur

févr. 16, 2017

Auteurs : Jill Tonus et Catherine Lovrics et Tamara Céline Winegust et Andrew Ngo

Voici ce qui a retenu notre attention dans le secteur du droit d'auteur au Canada en 2016. Il est ici question de documentaires, de jouets, de dessins de bâtiment, d'arpentage, de logiciels, de traités, de prétendus trolls de droit d'auteur et d'actions collectives inversées.

### Limites du droit d'auteur : faits, personnages non fictifs et objets utilitaires

Deux affaires ont porté sur les limites du droit d'auteur l'an dernier.

Dans la première, *Maltz c. Witterick*, 2016 CF 524, la Cour a confirmé que le droit d'auteur ne protège pas les faits, que ceux-ci soient « largement répandus » (l'invasion de la Pologne par l'Allemagne lors de la Seconde Guerre mondiale, par exemple) ou « étroitement liés à un événement particulier » (une inscription dans le journal intime d'un soldat révélant un événement précis survenu pendant la Seconde Guerre mondiale, par exemple). Il fallait ici déterminer si le droit d'auteur sur un film documentaire avait été violé par un livre dont le « récit central » était inspiré de ce documentaire fondé sur des faits historiques et qui présentait des différences dans l'expression, le contenu, la forme et l'impression laissée, et ne reproduisant pas de façon substantielle la structure, le ton, le thème, l'atmosphère et le dialogue. Dans l'affaire *Maltz c. Witterick*, la défenderesse a soutenu avec succès que sa version fictive des données historiques compilées des demandeurs (qui faisaient l'objet du documentaire du demandeur) ne violait aucune œuvre protégée. La décision confirme que le droit d'auteur ne protège que l'expression des faits : « Les faits sont les faits; personne ne possède de droit d'auteur sur eux, quelle que soit leur importance ou leur signification relatives. [...] La méthode, la manière et les moyens particuliers que les demandeurs ont utilisés pour raconter l'histoire [...], comme les copies littérales – c'est-à-dire la transcription du documentaire – peuvent fort bien être une violation du droit d'auteur. Toutefois, le recours à un fait réel tiré du documentaire ne constitue pas une infraction, que ce fait soit largement répandu ou étroitement lié à un événement particulier, significatif ou non significatif » (traduction). À titre accessoire, la décision limite également aux personnages fictifs la portée de la protection de personnages bien définis conférée par le droit d'auteur : « il n'y a que des personnes réelles ou des allusions à des personnes qui ont déjà existé ainsi que des souvenirs de ces personnes, et il ne peut y avoir de droit d'auteur sur une personne réelle, morte ou vivante » (traduction).

Les réalisateurs de documentaires et les auteurs d'ouvrages non fictifs peuvent se réjouir de la décision puisqu'elle confirme que la compilation de faits, même des faits obscurs provenant d'une source unique, ne comporte pas intrinsèquement de risque de violation de droit d'auteur, malgré une approche globale de la notion de violation du droit d'auteur. Par ailleurs, cette décision limite la capacité de faire respecter les droits d'auteur sur des ouvrages non fictifs à l'encontre d'une personne qui fait ultérieurement le récit d'une histoire vraie, sans égard à la personne qui a révélé les faits.

Dans la seconde affaire, *Corocord Raumnetz GmbH c. Dynamo Industries Inc.*, 2016 CF 1369, on avance que, dès que 50 exemplaires d'un objet utilitaire ont été vendus *n'importe où*, le droit d'auteur ne s'applique plus. Au Canada, la portée de la disposition de la *Loi sur le droit d'auteur* qui considère que la reproduction d'objets utilitaires ne constitue pas une violation du droit d'auteur a été examinée dans le contexte d'un très petit nombre de causes seulement. La décision est digne de mention, non seulement parce qu'elle confirme que le seuil de 50 objets vendus s'applique aux ventes mondiales et non aux ventes canadiennes, mais aussi parce qu'elle met en lumière la signification du mot « utilitaire ». Dans une affaire antérieure, la Cour d'appel fédérale avait fait accessoirement remarquer que les objets « utilitaires » doivent, en plus de leur valeur esthétique, avoir une utilité pratique. Elle avait fait une distinction entre les bijoux utiles (une épingle à cravate ou des boutons de manchettes) et les bijoux non utiles (une broche essentiellement ornementale ou des boucles d'oreilles). Des structures de jeu étaient en cause dans la présente affaire, et la Cour a estimé qu'elles ont été conçues pour y jouer dessus. Elles peuvent donc « manifestement être qualifiées d'utilitaires. [...] Il ne s'agit pas simplement d'une œuvre d'art que l'on doit uniquement observer et admirer (traduction). » Les fabricants de jouets prendront probablement bonne note de la décision, puisque le caractère « utilitaire » des jouets pour enfants reste une question ouverte en vertu du droit canadien. La décision va dans le sens de l'argument selon lequel les jouets sont des articles utilitaires, à tout le moins les jouets et les objets ludiques dont la conception n'est pas guidée par des motifs esthétiques, mais plutôt par des préoccupations et des normes de sécurité.

## **Injonction contre des dispositifs facilitant l'accomplissement d'actes constituant une violation du droit d'auteur et « incitant » à violer le droit d'auteur**

Dans l'affaire *Bell Canada c. 1326030 Ontario Inc.*, 2016 CF 612, une injonction interlocutoire a été accordée contre des fournisseurs de boîtiers décodeurs préinstallés. Les boîtiers étaient « préinstallés » avec des applications permettant aux consommateurs de diffuser en continu ou télécharger du contenu piraté, dont celui des demanderesse, afin de le regarder sur leur téléviseur.

Cette affaire est digne de mention parce que l'action a été intentée avec succès contre la partie qui vendait les appareils et non contre la partie qui concevait les applications et qui fournissait véritablement le service se soldant par un accès direct au contenu piraté. Les lois canadiennes sur le droit d'auteur ont récemment été modifiées afin d'introduire la notion de violation au moyen de « services » (et non de dispositifs) qui permettent à l'origine l'accomplissement d'actes constituant une violation du droit d'auteur. Une liste de facteurs a aussi été dressée pour évaluer ce type d'actes. Il est intéressant de noter que, selon la Cour, la partie qui vendait les *dispositifs* a violé le droit d'auteur, sans examiner en bonne et due forme les facteurs visant à déterminer si un service est fourni « principalement en vue de faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur ». Il convient également de signaler que la Cour a fait allusion à la notion d'« incitation » à accomplir des actes constituant une violation du droit d'auteur. Il s'agit d'un concept américain, différent du concept canadien d'« autoriser » l'accomplissement d'actes constituant une violation du droit d'auteur. Les défendeurs n'ont pas pu invoquer l'exception concernant les « agents de communication ». Bien entendu, le recours à des slogans comme « la première à rendre le câble obsolète » (traduction) et l'offre de tutoriels sur la façon d'utiliser les boîtiers préinstallés équivalent à faire « plus » que simplement fournir du matériel.

La Cour a accueilli favorablement l'argument des demanderesse selon lequel la multiplication de ces boîtiers entraînerait un préjudice irréparable prenant la forme d'annulations permanentes d'abonnements à leurs services (Bell, Rogers et Vidéotron sont notamment au nombre des demanderesse). La Cour est restée indifférente à l'allégation d'un des défendeurs voulant que l'injonction interlocutoire compromette l'existence de son unique source de revenus (publicité et vente de boîtiers préinstallés), étant donné qu'on n'a pas interdit aux défendeurs de vendre leurs produits et de faire de la publicité concernant les aspects légaux de ceux-ci.

À l'heure actuelle, certains défendeurs ont interjeté appel de l'ordonnance, et le dossier est en suspens devant la Cour d'appel fédérale.

## **Proportionnalité des dommages statutaires**

Deux décisions rendues en 2016 confirment que les dommages statutaires doivent être proportionnels aux bénéfices tout en demeurant des moyens de dissuasion.

Dans l'affaire *Microsoft Corporation c. Liu*, 2016 CF 950, les dommages statutaires pour cinq cas de violation du droit d'auteur ont

été évalués à 10 000 \$ pour chaque cas, soit la moitié du montant maximum prévu par loi, pour un total de 50 000 \$. Le maximum prévu – qui se serait élevé à 100 000 \$ au total – était considéré comme un montant disproportionné par rapport aux bénéfices que le défendeur peut avoir réalisés en accomplissant l'acte constituant une violation du droit d'auteur. Des dommages punitifs s'élevant à 50 000 \$ ont aussi été accordés, portant un total à 100 000 \$. Les dommages punitifs demandés de 250 000 \$ ont été vus comme déraisonnables parce que ce montant était supérieur à celui accordé dans d'autres affaires où la nature et la portée de l'inconduite des défendeurs individuels étaient plus flagrantes que ceux du défendeur dans l'affaire qui nous occupe. En outre, peu d'éléments justificatifs militaient en faveur d'un montant de dommages punitifs considérablement supérieur à celui prévu des dommages statutaires demandés.

Dans l'affaire *Royal Conservatory of Music c. Macintosh (Novus Via Music Group Inc.)*, 2016 CF 929, les dommages statutaires ont été évalués au bas du spectre commercial (500 \$ pour chaque œuvre, pour un total de 10 500 \$), en grande partie parce que peu d'éléments de preuve ont été présentés concernant les dommages-intérêts probables. L'affaire confirme qu'il doit y avoir une certaine corrélation ou relation entre les dommages réels et les dommages statutaires pour que la sentence soit équitable et proportionnée. La Cour a estimé que, compte tenu de la « mauvaise tenue des dossiers et gestion des droits de la part des deux parties » (traduction), des dommages-intérêts élevés ne dissuaderaient en fait nullement d'autres actes de violation du droit d'auteur. Les décisions confirment donc que plus nombreux sont les éléments de preuve pointant vers des dommages probables, plus il est facile pour la Cour d'établir un montant équitable et proportionnel de dommages statutaires (même si toute estimation des dommages probables ne sera pas déterminante).

## Trolls, utilisation équitable, conclusion de contrat en ligne et mesures techniques de protection

Dans l'affaire *Blacklock's Reporter c. Canada (procureur général)*, 2016 CF 1255, la Cour fédérale a estimé que les rédacteurs du ministère des Finances fédéral ont utilisé équitablement à des fins de recherche des copies de deux articles de Blacklock protégés par un verrou d'accès payant et diffusés par eux à l'intérieur du ministère. Pour protéger le contenu de son site Web, Blacklock a recouru à un verrou d'accès payant (une « mesure technique de protection » obligeant l'abonné payant à utiliser un mot de passe pour accéder au contenu) et à un mécanisme de conclusion de contrat en ligne (plutôt qu'à un contrat d'achat au clic) interdisant aux abonnés de diffuser les articles. Ni le ministère ni les rédacteurs n'étaient abonnés, et les articles ont été envoyés par un abonné payant (il est significatif que cela ait été fait sans sollicitation). Le ministère a admis avoir utilisé les articles sans paiement ou consentement. Selon la Cour, les activités du ministère constituaient une utilisation équitable. Il est important de signaler que l'analyse de « équitable » a porté des faits précis, notamment que (a) les articles ont été envoyés au ministère sans que celui-ci ne fasse de sollicitation, (b) les articles ont été distribués à un petit nombre de personnes au ministère pour un motif commercial légitime afin d'examiner des problèmes concernant de l'information présentée sous un faux jour, (c) aucun avantage commercial n'a découlé de l'utilisation des articles et (d) les articles n'ont pas été publiés de nouveau. De plus, en ce qui a trait à la conclusion du contrat en ligne, la Cour a estimé que l'avis relatif aux Conditions (« Terms and Conditions ») que doivent lire les abonnés est insuffisant. Blacklock a été condamnée à verser 65 000 \$, plus les intérêts, en dépens au procureur général. La Cour n'a pas eu à se prononcer sur l'allégation selon laquelle le litige constituait une forme d'abus du droit d'auteur auquel se livrait un troll de droit d'auteur, mais elle a admis que les « pratiques d'affaires de Blacklock présentent certes des aspects troublants ». Elle a aussi affirmé que « bien que la vigilance des médias serve l'intérêt public, le droit d'auteur ne devrait pas être un dispositif qui soustrait la presse à sa responsabilité à l'égard de ses erreurs et omissions ». À l'heure actuelle, la Cour d'appel fédérale est encore saisie d'une partie du dossier.

Dans une affaire antérieure dont a été saisie la Cour des petites créances (*1395804 Ontario Limited (Blacklock's Reporter) c. Canadian Vintners Association*, 2015 CanLII 65885), Blacklock avait soutenu avec succès qu'il ne pouvait y avoir d'utilisation équitable lorsqu'une mesure technique de protection est contournée et qu'un contrat conclu en ligne n'est pas honoré. Dans cette affaire, les défendeurs, l'Association des vignerons du Canada (représentant les producteurs de vins canadiens) ainsi que son président et chef de la direction, avaient été reconnus coupables de violation de droit d'auteur et condamnés à verser 13 000 \$ en dommages-intérêts (comprenant 2 000 \$ en dommages punitifs) pour avoir donné accès à un article provenant d'un bulletin électronique publié par le demandeur, Blacklock's Reporter, et protégé par un verrou d'accès payant ainsi que pour avoir reproduit

cet article. Les défendeurs avaient obtenu la copie de l'article par une personne de l'extérieur qui s'était abonnée à la publication du demandeur, avait coupé-collé l'article et l'avait transmis aux défendeurs. Ceux-ci ont affirmé qu'ils avaient besoin de l'article pour déterminer si les renseignements les concernant étaient véridiques. Selon eux, même s'ils n'étaient pas abonnés à la publication, l'article a été obtenu légalement par une personne dûment abonnée et, en tout état de cause, l'utilisation qu'ils en faisaient était équitable.

Bien que l'affaire portée devant la Cour fédérale n'impliquait aucun contournement d'une mesure technique de protection ni aucune violation des conditions d'utilisation, la Cour a reconnu que la violation délibérée des conditions acceptées d'accès et d'utilisation de documents visés par un droit d'auteur, qu'ils soient protégés ou non par un verrou d'accès payant, est un facteur pertinent dans l'examen de l'application des dispositions de la Loi portant sur l'utilisation équitable. Toutefois, la Cour a atténué cette constatation en faisant remarquer que, peu importe le modèle d'affaires, « il va sans dire [...] que celui-ci sera toujours visé par les droits des tierces parties en matière d'utilisation équitable ». Il semble donc que l'utilisation de verrous d'accès payant et d'autres mesures technologiques ne constitue pas une arme absolue pour éliminer les utilisations équitables.

## Œuvres architecturales dérivées et œuvres architecturales nettement différentes

Dans une affaire dont a été saisie la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, *MacNutt c. Acadia University*, 2016 NSSC 160, le juge a examiné la portée de la protection conférée par le droit d'auteur et accordée aux architectes et concepteurs architecturaux concernant des « plans conceptuels » ainsi que la mesure dans laquelle le droit d'auteur peut être utilisé pour empêcher la construction d'autres immeubles à partir de ces plans (œuvres dérivées). L'Université Acadia a retenu les services de M<sup>me</sup> MacNutt/Pier101 Home Designs Inc. pour créer des plans conceptuels en vue de l'agrandissement de l'Alumni Hall, plans qui ont été présentés au public et utilisés pour obtenir des fonds. Une fois le financement obtenu, l'Université a embauché un autre architecte pour réaliser le projet. La Cour de première instance de la Nouvelle-Écosse a estimé que les « plans conceptuels » de M<sup>me</sup> MacNutt étaient « nettement différents » du concept finalement retenu pour le « Wu Welcome Center » de l'Université et que les similitudes étaient une conséquence des contraintes imposées à la conception (« style géorgien »). L'architecte qui a réalisé les plans a nié avoir utilisé les dessins de M<sup>me</sup> MacNutt et a soutenu que les dessins de cette dernière étaient inappropriés et ne tenaient pas compte des exigences du code du bâtiment. Il semble que cette explication a été acceptée par la Cour, qui n'a relevé aucune utilisation non autorisée des dessins architecturaux originaux. La Cour a en outre conclu qu'il n'y avait pas d'engagement implicite autorisant M<sup>me</sup> MacNutt à poursuivre le projet au-delà de la phase d'établissement des plans conceptuels, indépendamment du témoignage de celle-ci selon lequel, si elle avait imposé des frais de conception types pour les plans conceptuels, son tarif aurait été dix fois supérieur à ce qui a été exigé.

Il convient de souligner que la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada ne fait pas explicitement mention de la notion d'« œuvre dérivée ». Dans la cause *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, la Cour suprême du Canada a confirmé que, même si la loi canadienne confère une protection limitée aux œuvres dérivées, cette protection n'est pas aussi étendue qu'aux États-Unis, où elle porte sur « toute autre forme dans laquelle une œuvre peut être refaçonée, transformée ou adaptée » (traduction). Les œuvres dérivées sont examinées sous un autre angle dans l'affaire *Théberge*, et il sera intéressant de voir si la notion fera l'objet d'une interprétation plus approfondie lorsque la décision sera portée en appel.

## Responsabilité au Canada concernant des avis de retrait erronés en vertu de la DMCA

Dans l'affaire *Whyte Potter-Mäl c. Topdawg Entertainment Inc.*, 2016 QCCQ 11725, la Cour du Québec a estimé que Topdawg Entertainment, Interscope Records et Universal Music Group étaient responsables des dommages causés à la suite du retrait de YouTube et SoundCloud, pendant deux mois, de la chanson du demandeur. Le retrait est survenu à la suite de la demande qu'ont présentée les défenderesses en vertu de la Digital Millennium Copyright Act (DMCA), demande qui s'est plus tard révélée fautive. Il s'agit du premier dossier au Canada qui reconnaît la responsabilité civile d'un titulaire de droit d'auteur pour l'envoi d'avis de retrait en vertu de la DMCA.

## Protection du droit d'auteur pour les bases de données : une analyse comparative

L'affaire *The Commissioner of Competition c. The Toronto Real Estate Board*, 2016 CACT 7 porte principalement sur des questions de concurrence liées au fait que le Toronto Real Estate Board (TREB) limite la diffusion de certains renseignements figurant dans sa base de données Multiple Listing Service (MLS)®. Cependant, l'arrêt concerne également le droit d'auteur sur les bases de données. Selon le Tribunal de la concurrence, les éléments de preuve présentés par le TREB n'étaient pas suffisants pour prouver que, à la suite de l'agencement des données, sa base de données MLS® était protégée par le droit d'auteur. Le Tribunal a statué en partie que l'agencement des données était chose courante et, par conséquent, non protégeable. Cette dernière conclusion suit la décision dans l'affaire *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 RCF 22, et est incompatible avec le critère de talent et de jugement établi par la Cour suprême dans *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, puisqu'elle s'accompagne de l'exigence de montrer que les agencements de bases de données sont « uniques » afin que le droit d'auteur s'applique. La décision a été portée en appel, et l'axe de l'originalité retenue par le Tribunal pour évaluer l'existence du droit d'auteur sur la base de données MLS® du TREB fait partie des questions qui seront examinées.

## Action collective inversée et FSI obligé de divulguer l'identité des utilisateurs d'un réseau P2P

Voltage Pictures a choisi un client de Rogers (un fournisseur de service Internet, FSI, canadien) comme défendeur représentatif dans une action collective « inversée », alléguant que ce défendeur (et d'autres tout comme lui) se livrait à des activités de partage illicite de fichiers, ce qui violait le droit d'auteur de Voltage Pictures et d'autres demandeurs. Le client de Rogers n'a été identifié que par son adresse IP, et Voltage et al. ont cherché à connaître l'identité du client auprès de Rogers.

Dans l'arrêt *Voltage Pictures, LLC c. John Doe*, 2016 CF 881, la Cour fédérale a ordonné à Rogers de divulguer à Voltage et al. l'identité du client en question (ordonnance de type *Norwich*). Toutefois, pour protéger la vie privée de ce client, la Cour a aussi ordonné à Voltage et al. de ne pas rendre publique l'identité de l'individu malchanceux jusqu'à ce que l'identité de l'abonné soit versée au dossier public de l'instance.

Voltage et al. ont essayé de fonder leur demande de divulgation sur le régime « d'avis et avis » récemment mis en œuvre au Canada, une méthode qui n'a pas fonctionné. La Cour a estimé que ce régime ne prévoit aucun mécanisme détaillé ou complet permettant aux titulaires d'un droit d'auteur d'exercer leurs droits. De plus, selon la Cour, bien que les FSI ne soient pas autorisés à percevoir des droits ou à demander une indemnité pour envoyer un avis d'allégation de violation du droit d'auteur et pour compiler les renseignements, ils peuvent réclamer les débours encourus pour se conformer à une ordonnance de divulgation. La Cour a donc autorisé Rogers à demander le remboursement des coûts